DIE POSITIVEN VERTRAGS-VERLETZUNGEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR ERLANGUNG DER

RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

MARTIN KREPLIN

AUS

LIEGNITZ IN SCHL.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

WÜRZBURG
BUCHDRUCKEREI FRANZ STAUDENRAUS
1914

Referent:
Professor Dr. Julius Binder.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **A. Einleitung** 9

B. I. Teil.

Begründung der Schadensersatzpflicht wegen positiver Vertragsverletzungen.

§ 2. 1. Die Staub'schen Fälle der positiven Vertragsverletzungen 12
a) Gemeinsames der Fälle
b) Verschiedenheit der Fälle

§ 3. 2. Die Anwendbarkeit der Regeln über Unmöglichkeit und Verzug auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen 16
Anwendbarkeit dieser Regeln:
a) auf Unterlassungspflichten im allgemeinen
b) auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen, in denen die Unterlassungspflicht den alleinigen oder doch selbständigen Leistungsinhalt bildet.

3. Begründungsversuche der Schadensersatzpflicht für die Fälle fehlerhafter Erfüllungshandlungen:

§ 4. a) Die ausserkontraktliche Haftung 29

§ 5. b) Die Anwendung des § 280 BGB., Theorie Goldmann-Lilienthal 26

§ 6. c) Die Analogie des § 286 BGB., Theorie Staub's 29

§ 7. d) Direkte Anwendung des § 276 BGB. 31

4. Lösung:

§ 8. Begründung der Schadensersatzpflicht durch Auslegung der ausdrücklichen Anordnungen des Gesetzes 34

Exkurs: Anwendung der Regeln auf den Kauf 40

C. II. Teil.

§ 9. Die positiven Vertragsverletzungen bei gegenseitigen Verträgen
I. Das Wesen und die Scheidung der Staub'schen Fälle . 45

§ 10. II. Gewährung des Rücktrittsrechts und des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus den ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. 48
Die Regeln über Unmöglichkeit sind:
1. generell anwendbar auf die Fälle positiver Vertragsverletzungen mit selbständiger Unterlassungspflicht
2. unanwendbar auf die Fälle der fehlerhaften Erfüllungshandlungen.

§ 11. III. In den nicht geregelten Fällen besteht ein dringendes Bedürfnis nach diesen Rechten 51
§ 12. IV. Versuche der Regelung einzelner Fälle 54
a) Die besonderen Fälle Winter's
b) Die Ansicht Kipp's
c) Die Ansicht Dernburgs
§ 13. V. Lösung: Die Analogie des § 326 58
a) Voraussetzung der Analogie im allgemeinen
b) Die Analogie des § 326 im besonderen
1. Grundgedanke der Regelung des § 326: Die Gefährdung des Vertragszwecks
2. Ähnlichkeit der Rechtslage im Falle positiver Vertragsverletzungen bei gegenseitigen Verträgen mit dem Falle des § 326
§ 14. VI. Die Regelung im Einzelfall 61
1. Ansicht Staub's
2. Ansicht Lehmann's
3. Vorschlag zur Regelung

D. Anhang.

§ 15. Der Fall vorzeitiger Leistungsverweigerung 64

Literaturverzeichnis.

Anton, Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? — Erlangen 1905.

Blume v., Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. In Ihering's Jahrbüchern Bd. 55, S. 209.

Brecht, System der Vertragshaftung. In Ihering's Jahrbüchern Bd. 53, S. 213 ff.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1, 4. Aufl., Jena 1903.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. und 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzungen. In D. J. Z. Jahrgang 1903, S. 1 ff.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. I, II, 3. Aufl., Halle 1905.

Doerr, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. In „Das Recht" Jahrgang 1908, S. 207 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. II und III, 2. Aufl, Mannheim und Leipzig 1910.

D J. Z., Jahrgang 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl., Berlin 1896.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2, 6. bis 8. Auflage,

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 50 bis 67.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 7. Aufl., München 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903.

Hesse, Die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Marburger Diss. 1905.

Jacobi, Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage. In Gruchot's Beiträge, 50. Jahrgang, S. 230 ff.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. In D. J. Z. Jahrgang 1903, S. 253 ff.

Kiss, Zur Frage der sogenannten positiven Vertragsverletzungen. Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 175 ff.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess; zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz. Im Archiv f. d. zivilistische Praxis, Bd. 101, S. 1 ff.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1904.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.

Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen. Im Archiv f. d. zivilistische Praxis, Bd. 96, S. 60 ff.

— Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906.

Lesser, Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen 1906.

Levy, Die positiven Vertragsverletzungen, Leipzig 1908.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1888.

Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandelung noch gefordert werden? In „Das Recht" Jahrgang 1902, S. 541 und 576.

Müller-Erzbach, Über den Rücktritt bei „sukzessiven Lieferungsgeschäften" und ähnlichen Verträgen. In D. J. Z. Jahrgang 1904, S. 1158.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910,

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert, Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1907.

Rogowski, Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen, und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung. Im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 104 S. 303 ff.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. In Gruchot's Beiträge, 46. Jahrgang, S. 1 ff.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Iherings Jahrbücher, Bd. 50, S. 55 ff.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 2. Auflage, Berlin 1913 (zitiert: Staub).

Staub Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1907.

Treitel, Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten, Berlin 1902.

Werner, Die Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit. In „Das Recht" Jahrgang 1903, S. 308 ff.

Winter, Über das Recht zur Wandelung und zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. In Gruchot's Beiträge, 48. Jahrgang, S. 193 ff.

Zitelmann, Lücken im Recht. Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Universität zu Bonn, Leipzig 1903.

Einleitung.

§ 1.

Schuldverhältnisse werden in der Regel durch Bewirkung der Leistung, auf die sie gehen, wieder aufgehoben. So wird der mit der Obligation gewöhnlich verfolgte Zweck, die Vermittelung des Güterverkehrs, am besten erreicht. Es können aber auch Umstände eintreten, welche die Bewirkung der Leistung, wie sie geschuldet wird, hindern, z. B. die geschuldete Speziessache verbrennt. Der Schuldner kann in einem derartigen Falle seiner übernommenen Verpflichtung nicht nachkommen, er verletzt sie. Die Verletzung der Verpflichtung ist möglicherweise auf ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners zurückzuführen, z. B. er hat selbst die geschuldete Sache vorsätzlich vernichtet, dann haben wir es mit einer schuldhaften Forderungsverletzung zu tun. Die Verletzung kann natürlich auch durch Umstände verursacht worden sein, die nicht vom Wissen und Willen des Schuldners abhängen. Eine schuldhafte Verletzung einer Verpflichtung — damit beschäftigt sich die vorstehende Untersuchung — kommt in ganz verschiedenen Formen vor, die Erfüllung der Pflicht wird entweder vereitelt, und zwar weil der Schuldner schuldhafterweise bewirkt hat, dass er überhaupt nicht leisten kann (Fall schuldhafter Unmöglichkeit), oder die Erfüllung des Schuldverhältnisses wird nur verzögert, und zwar dadurch, dass der Schuldner aus einem Grunde, den er zu vertreten hat, nicht rechtzeitig leistet. Die Leistung ist aber dann nicht rechtzeitig, wenn sie an dem Zeit-

punkt nicht bewirkt wird, an dem sie nach ausdrücklicher Vereinbarung oder nach einer Mahnung des Gläubigers zu bewirken wäre. (Verzug).

Wir erkennen ohne weiteres, dass sowohl im Falle der Unmöglichkeit wie in dem des Verzuges etwas nicht geschehen ist, was hätte geschehen müssen. Es ist eine Obligation dadurch verletzt, dass eine Leistung nicht bewirkt wurde, die hätte bewirkt werden sollen. Wegen der negativen Natur der fraglichen Verletzung bezeichnet man diese Fälle in Anlehnung an Staub als negative Vertragsverletzungen.

Den Gegensatz dazu bilden die positiven Vertragsverletzungen, bei ihnen wird ein Forderungsrecht durch einen positiven Eingriff des Schuldners verletzt. Nach der Abgrenzung von Staub, dessen Verdienst es ist, in seinem „die positiven Vertragsverletzungen" betitelten Beitrag zur Festschrift des 26. Deutschen Juristentages die Anregung zu dieser Lehre gegeben zu haben, gehören dahin die Fälle: 1. „in denen jemand etwas tut, was er unterlassen soll[1])" — z. B. der Schuldner verrät ein Fabrikgeheimnis, das er zu bewahren hat — oder 2. „in denen jemand eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft[1])" — z. B. ein Verkäufer liefert krankes Vieh, das das gesunde Vieh des Käufers ansteckt —.

Es sei gleich vorweg bemerkt, dass es sich bei den positiven Vertragsverletzungen immer nur um ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners bei der Vertragserfüllung (culpa in solvendo) handelt, aber nicht um ein Verschulden beim Vertragsabschlusse (culpa in contrahendo).

Im einzelnen erkennen wir eine posittve Vertragsverletzung im Sinne Staub's daran, dass der Schuldner:

1. eine Handlung vornimmt, die seiner Verpflichtung zuwider läuft.

Im ersten Falle, wo eine Unterlassung geschuldet wird, besteht die pflichtwidrige Handlung in einem Zuwiderhandeln.

[1]) Vgl. Staub a. a. O., S. 5.

Im zweiten Falle, wo der Schuldner ordnungsmässig leisten muss, ist die Verletzungshandlung in der mangelhaften Leistung zu erblicken.

Es ist ferner erforderlich, dass der Schuldner:

2. schuldhaft handelt.

Es genügt also zur Erfüllung der Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung nicht, wenn der Schuldner nur zuwiderhandelt, bezw. mangelhaft erfüllt, er muss diese Handlung auch im Sinne des § 276 BGB. zu vertreten haben. Das ist dann der Fall, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Die Bestimmung des § 276 wird noch erweitert durch § 278 BGB., wonach der Schuldner auch ein schuldhaftes Verhalten seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen zu vertreten hat.

Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist eine positive Vertragsverletzung im Sinne Staubs gegeben. Nach ihm sollen diese Fälle positiver Vertragsverletzungen im Gegensatz zu den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzuges, also den negativen Vertragsverletzungen, keine Regelung im BGB. gefunden haben.

Wir werden später sehen, dass die Abgrenzung der Fälle, wie sie Staub getroffen hat, keine befriedigende ist. Im folgenden soll zunächst einmal untersucht werden, welche Stellung das BGB. im allgemeinen zu den positiven Vertragsverletzungen im Sinne Staubs einnimmt. Der erste Teil der Arbeit wird sich insbesondere mit der Frage beschäftigen, ob sich der Schuldner, der eine Verpflichtung durch positives Tun schuldhaft verletzt, nach BGB. ebenso schadensersatzpflichtig macht, wie dies nach den §§ 280, 284 BGB. der Fall ist, wenn er sich die Erfüllung einer Verpflichtung schuldhaft unmöglich macht oder wenn er mit deren Erfüllung in Verzug kommt, also seine Verpflichtung negativ verletzt. Es wird sich damit entscheiden, inwieweit Staub mit seiner Behauptung, die positiven Vertragsverletzungen seien im BGB. nicht geregelt, recht hat.[1])

[1]) Die Behandlung der Fälle positiver Vertragsverletzungen, in denen bei Verpflichtung zu Sukzessivlieferungen durch eine mangelhafte

I. Teil.

§ 2.

Die Staub'schen Fälle der positiven Vertragsverletzungen.

Das BGB. beschäftigt sich mit den Gründen, die die Bewirkung der Leistung hindern, in dem allgemein gehaltenen Abschnitt über den Inhalt der Schuldverhältnisse. Es hebt dort, wie wir wissen, zwei Arten von Hinderungsgründen hervor, die Unmöglichkeit und den Verzug. Dass die Praxis nicht in allen Fällen mit dieser Regelung auskam, darauf machte Staub in seiner oben erwähnten Schrift aufmerksam. Er meint, dass die Fälle der sog. „positiven Vertragsverletzungen" im BGB. nicht geregelt seien.

Der Ausdruck positive Vertragsverletzungen existiert in der Literatur überhaupt erst, seit ihn Staub in seiner gleichbenannten Schrift gebrauchte. Eine Definition des Ausdrucks gibt Staub nicht, sondern er spricht nur von „zahlreichen Fällen, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft".

Folgende dem Rechtsleben entnommene Beispiele Staubs zeigen, wie zahlreich und wichtig die Fälle dieser Art sind:

Einzelleistung nicht nur das Recht auf diese Leistung, sondern zugleich das Recht auf die übrigen Leistungen, mithin das ganze Schuldverhältnis verletzt wird, ebenso wie die der Fälle der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung erfolgt im zweiten Teil der Abhandlung, der von dem Rücktrittsrecht und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages handelt.

Es verpflichtet sich jemand, die ihm verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen; er tut es doch. Es liefert ein Kaufmann einem andern einen von ihm fabrizierten Leuchtstoff, der explosive Bestandteile hat, ohne den Käufer darauf aufmerksam zu machen. Der Leuchtstoff richtet im Laden des Käufers grossen Schaden an. Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtige Berichte über die Solvenz eines von ihm gewonnenen Kunden, ein anderer arbeitet fortgesetzt für ein Konkurrenzgeschäft, obwohl darin nach Lage der Sache eine arge Pflichtverletzung zu erblicken ist. Ein Kommis verkauft aus Fahrlässigkeit weit unter dem Einkaufspreis. Ein Prinzipal gibt seinem Handlungsgehilfen ein unrichtiges Zeugnis.[1])

Niemand wird zweifeln, so bemerkt Staub sehr richtig, dass in allen diesen Fällen der pflichtverletzende Teil die Verpflichtung hat, dem andern denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Pflichtverletzung erwachsen ist. Aber man stösst auf Schwierigkeiten, wenn man diesen vom Gefühl diktierten Rechtssatz aus dem Gesetz begründen will. Nicht mit Unrecht meint Lehmann[2]), es sei auf den ersten Blick schwer zu sagen, was denn eigentlich unmöglich sei: Die Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen, richtige Angaben über die Solvenz des Kunden zu machen, nicht unter dem Preis zu verkaufen, ein richtiges Zeugnis auszustellen? Kurz, die Regeln über die Unmöglichkeit wollen anscheinend hier nicht recht passen.

Noch viel weniger scheint ein Verzug vorzuliegen, denn der Schuldner hat in keinem Falle unterlassen, was er hätte tun sollen.

Das Gemeinsame der Fälle sah Staub darin, dass nicht durch eine pflichtwidrige Unterlassung des Schuldners, sondern durch ein positives Tun, durch ein Zuwiderhandeln gegen eine Rechtspflicht, dem Gläubiger Nachteile entstanden sind. Das wollte er hervorheben, als er die Pflicht-

[1]) Vgl. Staub, S. 6.

[2]) Vgl. Lehmann, Arch., Bd. 96, S. 62.

verletzungen dieser Art unter dem Namen „positive Vertragsverletzungen“ zusammenfasste.

Aber die Fälle Staub's haben nicht nur etwas gemeinsames, worauf Staub allein geachtet zu haben scheint, sondern sie sind untereinander sehr verschieden, sodass wir folgende Gruppen unschwer unterscheiden können:

1. Die Fälle, in denen der Schuldner tut, was er unterlassen soll; wobei die Pflicht zum Unterlassen bald alleiniger Leistungsinhalt und bald gleichwertiger und selbständiger Teilinhalt der im übrigen positiven Leistung ist.

2. Die Fälle, in denen jemand eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber schuldhafterweise fehlerhaft.

Die Unterlassungspflicht in den Fällen der ersten Gruppe bildet z. B. den alleinigen Inhalt der Leistung, wenn sich jemand verpflichtet, in einer bestimmten Auktion nicht mitzubieten. Sie ist dagegen nur eine selbständige Nebenleistung, wenn sich der Mieter dem Vermieter gegenüber, beispielsweise in der Hausordnung, verpflichtet, in der Zeit von 2—4 nachmittags nicht Klavier zu spielen oder keine Teppiche zu klopfen. Unterlassungspflichten der geschilderten Art haben nichts Ungewöhnliches, sie kommen im Rechtsleben häufig vor.

Weit ungewöhnlicher ist dagegen die Rechtspflicht, gegen die der Schuldner in den Fällen der zweiten Gruppe fehlt. Zu den Fällen dieser Gruppe gehören die bekannten Beispiele, dass das gelieferte kranke Vieh den Viehbestand des Käufers ansteckt, oder die gelieferten wurmstichigen Äpfel die des Käufers mit verderben.

Dem Wortsinne des Vertrages nach geht hier die Verpflichtung des Schuldners lediglich auf Lieferung von Vieh bezw. von Äpfeln bestimmter Sorte. Aber der Inhalt der Verpflichtung des Schuldners beschränkt sich sicher nicht auf diesen blossen Wortsinn; das werden wir erkennen, wenn wir auf den Zweck der Verpflichtung zurückgehen. Der Gläubiger, der sich die Lieferung von Vieh vom

Schuldner versprechen lässt, verfolgt doch regelmässig damit einen bestimmten Zweck: er will seinen Viehbestand bereichern. Wenn das Recht nun die rechtliche Wirksamkeit des Versprechens positiver Tätigkeit (der Lieferung von Vieh) dadurch anerkennt, dass er dem Schuldner eine Verpflichtung zu dieser Tätigkeit auferlegt, so „tut es das, um dem Gläubiger ein Mittel zu Erreichung des von ihm durch die Leistung erstrebten Erfolges zu sichern.“ [1]) Es wäre aber keine Sicherung des Erfolges, wenn das Recht dem Schuldner zwar befehlen würde die positive Tätigkeit vorzunehmen, ihm dabei aber jedes andere Verhalten erlaubte. Die Rechtsordnung, die einen Befehl zum Handeln zur Erreichung eines bestimmten Zweckes gibt, befiehlt dem Schuldner damit gleichzeitig, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Obligationszweckes gefährdet oder vereitelt.

So ergänzt sich also der Befehl zu positivem Handeln nach der negativen Seite dahin, dass der Schuldner jede Zuwiderhandlung gegen den Zweck des Leistungsbefehls unterlassen soll. Diese Erweiterung der Leistungsverpflichtung über den Wortsinn des Versprechens hinaus ist mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 242 BGB. durchaus geboten. § 242 besagt ja, dass der Schuldner „alle Kräfte so in den Dienst der Obligation stellen muss, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ [2]) Er darf sich daher nicht nur an den buchstäblichen Sinn seiner Verpflichtung halten, sondern muss alles unterlassen, was die Erreichung des Vertragszweckes gefährden oder vereiteln könnte, so wie er alles tun muss, was nach Treu und Glauben ausser der ausdrücklich zugesagten Tätigkeit zur Erreichung des Obligationszweckes notwendig ist. Ausser den Handlungen, welche eine direkte Unmöglichkeit der ausdrücklich versprochenen Leistung bewirken würden, muss der Schuldner also auch alle die Handlungen unterlassen, die die vollkommen vertragsge-

[1]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 167.
[2]) Vgl. Lehmann, Arch. Bd. 96, S. 67.

mässe Erreichung des Obligationszweckes vereiteln oder gefährden würden.[1])

§ 3.

Inwieweit sind die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen anwendbar?

Bei der Gruppierung der Staub'schen Fälle positiver Vertragsverletzungen hatten wir gesehen, dass die Verletzungen in den Fällen der ersten Gruppe in einer Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht besteht. Es soll im folgenden der Versuch gemacht werden, für die Staub'schen Fälle die Schadensersatzpflicht des Schuldners direkt aus den Bestimmungen des BGB. über Unmöglichkeit und Verzug herzuleiten. Wir fragen uns daher zunächst, ob das Zuwiderhandeln des Schuldners gegen die Unterlassungspflicht ein Unmöglichwerden der Erfüllung bewirkt, und ob wir infolgedessen die Regeln des BGB. über nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung zur Begründung der Schadensersatzpflicht für Staub's Fälle der ersten Gruppe direkt anwenden können.

Für die obenerwähnten Fälle der ersten Gruppe ist diese Frage, wie wir gleich sehen werden, zu bejahen, das ergibt sich sowohl aus dem Gesetz, als aus dem Wesen der Unterlassung.

Das BGB. behandelt die Unterlassung prinzipiell als Leistung, denn es sagt im § 241: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Das natürliche Empfinden sträubt sich freilich zunächst gegen diese Bezeichnung der Unterlassung als Leistung und zwar deshalb, weil der Ausdruck Leistung nun ein-

[1]) Lehmann bezeichnet diese Pflichten als „sekundäre Unterlassungspflichten". Er meint damit sachlich dasselbe, was Oertmann in Übereinstimmung mit Siber „einen negativen Ausdruck für etwas schon in der Verpflichtung zur Hauptleistung Enthaltenes nennt."

mal streng genommen das „Moment des Geschehens," also etwas „Positives[1])" in sich schliesst. Aber der Leistungsbegriff ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 241 BGB. nach dieser Richtung hin denaturiert, es ist das positive Moment der Leistung ausgemerzt. Wir müssen daher daran festhalten, dass nach § 241 die Verpflichtungen zum Unterlassen ebenso wie die zu positiven Leistungen den Vorschriften über Schuldverhältnisse unterliegen, ausser wenn diese Vorschriften der Natur der Sache nach nicht auf sie anwendbar sind.

Staub steht auf dem Standpunkt, dass die Regeln über Unmöglichkeit der Leistung auf Unterlassungspflichten nicht anwendbar seien, nach ihm hat § 280 BGB. „offenbar" nur positive Leistungen im Auge.[2]) Er beruft sich zum Beweise einmal auf das Sprachgefühl und ferner auf den Zusammenhang der Gesetzesparagraphen. Der erstere Beweis ist m. E. hinfällig. Beim Lesen des Wortes „Leistung" denken wir immer, wie bereits oben betont, unwillkürlich zuerst an eine positive Leistung. Es ist also nichts Auffallendes, wenn wir auch beim Lesen des § 280 BGB. zunächst an die häufigeren positiven Leistungen denken und m. E. jedenfalls noch kein Beweis dafür, dass sich § 280 nicht auch auf die selteneren Unterlassungen bezieht. Siber bemerkt dazu ganz richtig: „Es liegt in der Natur der Sache und rechtfertigt nicht den von Staub erhobenen Vorwurf der Verkünstelung, wenn das Unmöglichwerden der Unterlassung auf den ersten Blick ebenso ein fremdes Gesicht zeigt, wie der Inhalt und die Erfüllung einer derartigen negativen Leistung."[3]) Höchst wahrscheinlich hat der Gesetzgeber bei der Einzelnormierung nicht mehr besonders an die erweiterte Bedeutung des Leistungsbegriffes gedacht und so häufig eine Regelung getroffen, die sprachlich besser auf positive Leitungen passt.

Nach Staub soll die Unanwendbarkeit der Unmöglich-

[1]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht. S. 53. Rogowski, S. 305.
[2]) Vgl. Staub, S. 8 und 9.
[3]) Vgl. Siber, S. 184.

keitsregel auf die Unterlassungspflichten auch aus dem Zusammenhange der Bestimmungen über Unmöglichkeit und Verzug folgen. Staub führt aus:[1]) Der § 280 BGB. habe offenbar die Fälle im Auge, in welchen eine Unterlassung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege, in welchen also jemand eine positive Leistung schuldig sei und diese positive Leistung infolge der Unmöglichkeit, sie zu bewirken, unterbleibe. Obwohl § 241 BGB. den Satz ausspreche, dass eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne, so lasse doch der Zusammenhang der weiteren Gesetzesparagraphen keinen Zweifel übrig, dass in den Bestimmungen über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges unter der Leistung ein positive Leistung zu verstehen ist. So würden insbesondere in den §§ 323 ff. die Fälle behandelt, in denen dem Schuldner die Leistung unmöglich würde und im engen Anschluss daran im § 326 diejenigen, in denen der Verpflichtete mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge sei. Da im letzteren Falle zweifelsohne nur das Unterbleiben der geschuldeten positiven Leistung gemeint sei, so könne kein Zweifel darüber bestehen, dass in den unmittelbar vorangehenden Paragraphen unter der dem Schuldner obliegenden Leistung dasselbe gemeint sei, also eine positive Leistung, die hier infolge einer Unmöglichkeit unterbleibe.

Auch diese Beweisführung Staub's ist m. E. nicht richtig. Selbst wenn man Staub zugeben will, dass ein Verzug des Schuldners bei Unterlassungen nicht denkbar ist, so folgt daraus noch keineswegs, dass auch eine Unmöglichkeit der Unterlassung undenkbar sei. Es müsste doch erst bewiesen werden, dass die Natur der Unterlassungspflicht die Anwendung der Regeln über Unmöglichkeit ausschliesst. Das hat Staub aber bisher nicht bewiesen.

Überzeugen wir uns nun einmal, dass im Wesen der Unterlassung nichts liegt, was die Anwendung der Unmöglichkeitsregeln notwendig ausschlösse.

Wir wissen, dass eine Handlung als Bewegungsvor-

[1]) Vgl. Staub. S. 8 und 9.

gang sich nur in einem einzelnen vorübergehenden Zeitpunkt oder Zeitraum vollziehen kann. Es gehört daher zum Inhalt des Versprechens einer positiven Handlung notwendig der Hinweis auf einen Zeitpunkt oder Zeitraum, in dem die Handlung vorgenommen werden soll, sonst ist ein solches Versprechen inhaltslos. Damit ist aber nicht gesagt, dass die geschuldete positive Leistung nur in diesem Zeitpunkt bewirkt werden könnte, und dass sie nicht nachholbar wäre, wenn sie nicht in diesem Zeitpunkt bewirkt wurde. Es ist bekannt, dass die Rechtsordnung eine spätere Leistung als Leistung gelten lässt, wenn durch die Verspätung der Charakter der Leistung nicht wesentlich verändert ist. Durch die Verspätung erleidet ja der ökonomische Wert der Leistung in der Regel keine durchgreifende Veränderung. (Eine wichtige Ausnahme hiervon bilden freilich die Fixleistungen).

Wir kommen nunmehr zu den Unterlassungen und fragen uns: Ist eine derartige Bestimmung der Leistungszeit auch bei Unterlassungspflichten nötig, wie geschieht sie und wie steht es mit der Nachholbarkeit?

1. Wie wir wissen, wird die Unterlassung ebenso wie die positive Leistung häufig für einen bestimmten Zeitpunkt oder Zeitraum versprochen.

a) Der Zeitpunkt kann dann von Natur gegeben sein, weil die zu unterlassende Handlung so geartet ist, dass deren Vornahme nur in einem besonders fixierten Zeitpunkt möglich ist, also auch die Beobachtung der Unterlassung an den gleichen Zeitpunkt geknüpft ist. (Z. B. pactum de non licitando).

Der Zeitraum kann aber auch durch Vereinbarung der Parteien feststehen. (Z. B. in dem Versprechen von heut ab zwei Jahre hindurch Lampen nicht nach Frankreich zu verkaufen.)

Der Zeitraum, in dem unterlassen werden soll, kann endlich auch dadurch näher bestimmt sein, dass die negative Verpflichtung zu der vertragsmässig bezweckten Wirkung in Beziehung gesetzt ist. So z. B. wenn ein Gelehrter mit

einem Handwerker einen Vertrag schliesst, dass dieser während mehrerer Stunden am Tage, etwa von 4—6 Uhr des Nachmittags, geräuschvolle oder die Nachbarschaft erschütternde Hantierungen unterlassen soll, damit der Gelehrte ungestört arbeiten oder wissenschaftliche Versuche vornehmen kann.

b) Eine einmalige, sei es von Natur oder durch Vereinbarung der Parteien zeitlich fixierte Unterlassung lässt sich der Gläubiger stets mit Rücksicht auf eine ganz bestimmte, schnell sich ändernde Lage der Umstände versprechen. Es ist ohne weiteres klar, dass die nach Änderung der Umstände beobachtete Unterlassung eine ganz andere, als die geschuldete Unterlassung wäre. Eine Nachholung der Unterlassung wäre daher hier undenkbar.

Ebenso wenig nachholbar ist natürlich auch die dauernde aber zeitlich begrenzte Unterlassung, die sich der Gläubiger mit Rücksicht auf die längere Dauer einer Konstellation von Umständen versprechen lässt. Denn auch hier ist die nach Änderung der Umstände beobachtete Unterlassung nicht mit der geschuldeten identisch.

In den Fällen, wo die Unterlassung zu der vertragsmässigen Wirkung in Beziehung gesetzt und dadurch zeitlich bestimmt ist, kann die Unterlassung bald nachholbar sein und bald nicht. Wenn nämlich die vertragsmässige Wirkung nur in einem bestimmten Zeitpunkt erreichbar ist, dann ist an eine Nachholung der Unterlassung nicht zu denken. Es wird aber häufig die vertragsmässige Wirkung auch noch nach dem ursprünglich festgesetzten Termin erreicht werden können, (z. B. der Gelehrte kann seine Arbeit auch noch nach 6 Uhr vornehmen), dann ist die übernommene Unterlassungspflicht natürlich nachholbar.

2. a) Im Gegensatz zu den bisher besprochenen Fällen gibt es sehr viele Fälle, in denen eine Unterlassung ohne jeglichen Hinweis auf eine Leistungszeit versprochen wird. (Z. B. es verspricht jemand ein Fabrikgeheimnis nicht zu verraten). Es ist uns ganz geläufig, dass sich der Schuldner

damit dauernd, weil ohne zeitliche Grenze, zur Unterlassung verpflichtet. Trotzdem ist hier etwas auffallend. Will der Schuldner sich zu positiven Leistungen dauernd verpflichten, was auch denkbar ist, — man denke an die Realobligationen, die mit einem dinglichen Recht verbunden sind — so bedarf es eines besonderen Hinweises darauf, dass die Verbindlichkeit eine dauernde sein soll. Es hat danach den Anschein, als ob das obenerwähnte Erfordernis der Bestimmtheit der Leistungszeit für die Unterlassungspflichten nicht ebenso gilt, wie für die Verpflichtungen zu positiven Leistungen. Aber das ist nicht richtig. Man kann vielmehr höchstens sagen, dass der Schuldner sich zur Bestimmung der Leistungszeit bei der zeitlich unbegrenzten Unterlassungspflicht nur anderer Ausdrucksmittel bedienen muss, als bei der Verpflichtung zu dauernden positiven Leistungen. Hier bedarf es eines besonderen Hinweises auf die zeitliche Bestimmung der Verpflichtung, dort nicht.

b) Wie bei den zeitlich begrenzten Unterlassungspflichten, so wollen wir uns auch bei den ununterbrochen, ohne zeitliche Begrenzung geschuldeten Unterlassungen kurz über die Nachholbarkeit der negativen Verpflichtung Klarheit verschaffen. Nachholbar ist, wie wir wissen, eine Leistung nur dann, wenn sich neben dem Zeitpunkt, in dem die geschuldete Leistung vom Schuldner bewirkt werden soll, also fällig ist, noch ein Zeitraum, in dem sie noch nachträglich erfolgen kann, unterscheiden lässt. Bei den dauernden Unterlassungen hat der Schuldner in jedem neuen Augenblick dieselbe Handlung von neuem zu meiden. Es ist daher gar nicht möglich, dass er eine Unterlassung, die er für einen vergangenen Zeitpunkt schuldete, in einem späteren nachholt, denn die spätere Unterlassung „ist stets Erfüllung der erst in diesem späteren Augenblick neu aktuell werdenden Pflicht.“[1])

Wir sehen aus alledem, dass sowohl die einmalige, als auch die dauernde Unterlassung in der Mehrzahl der

[1]) Vgl. Lehmann. Unterlassungspflicht, S. 188.

Fälle ebensowenig nachgeholt werden kann, wie eine positive für einen genau festgesetzten Zeitpunkt geschuldete Leistung (Fixleistung). Die Unterlassung hat also in der Regel den Charakter einer Fixleistung.

Wie steht es nun mit der Berechtigung der Annahme einer Unmöglichkeit der Unterlassung in den Staub'schen Fällen der ersten Gruppe, in denen der Schuldner etwas tut, was er unterlassen soll?

Wir nennen eine Leistung dann unmöglich, wenn sie „überhaupt nicht gemacht werden kann"[1]), d. h. wenn sie nicht gemacht worden ist und auch nicht mehr bewirkt werden kann, also nicht nachholbar ist. — Uns interessiert hier natürlich nur die nachfolgende d. h. die erst nach dem Vertragsschlusse eintretende Unmöglichkeit, denn wir haben es ja mit Fällen zu tun, in denen der Schuldner nach Vertragsabschluss durch Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht den bestehenden Vertrag verletzt.

Es ist klar, dass der Schuldner die geschuldete Leistung nicht bewirkt hat, wenn er in dem Augenblick handelt, in dem er seiner Verpflichtung nach unterlassen soll, wenn er also der übernommenen Unterlassungspflicht zum Fälligkeitstermin zuwiderhandelt. Da die Unterlassungspflicht regelmässig Fixleistung ist, kann der Schuldner die Unterlassung nur zu der feststehenden oder vereinbarten Zeit beobachten. Die einmalige Unterlassung kann er nur in dem für sie bestimmten Zeitpunkt beobachten, die dauernde, zeitlich begrenzte nur in dem fixierten Zeitraum. Die dauernde unbegrenzte Unterlassung muss fortwährend beachtet werden, sodass für eine nachträgliche Beobachtung der Unterlassung, wie wir oben gesehen, kein Raum ist. Die Unterlassung, die mit Rücksicht auf bestimmte Wirkungen versprochen ist, kann dann auch nur in einem festen Zeitpunkt oder Zeitraum beobachtet werden, wenn die Wirkungen zu einem späteren Termin nicht mehr zu erreichen sind.

---

[1]) Vgl. Enneccerus a. a. O., S. 78.

Die Erfüllung der Unterlassungspflicht ist in den Staub-schen Fällen, wo der Schuldner tut, was er unterlassen soll, demnach unmöglich geworden, da die Unterlassung weder beobachtet worden ist, noch nachgeholt werden kann.

Wie wir oben sahen, gibt es einige Fälle, in denen die Zeitbestimmung nicht so wesentlich ist, in denen es dem Gläubiger nicht so sehr darauf ankommt, dass der Schuldner zu einer bestimmten Zeit unterlässt, als dass er überhaupt unterlässt, damit eine bestimmte, nachholbare Wirkung erzielt werden kann. Da hier die Unterlassung nicht den Charakter einer Fixleistung trägt, also nachholbar ist, so können, falls der Schuldner zum Fälligkeitstermin nicht unterlässt, Verzugsfolgen eintreten.

Schwierigkeiten ergeben sich für die Anwendung der Unmöglichkeitsregeln auch nicht daraus, dass die verletzte Unterlassungspflicht mitunter als selbständiger Bestandteil neben einer positiven Leistung erscheint. Auch hier bewirkt das Zuwiderhandeln ein Unmöglichwerden der Erfüllung der Unterlassungspflicht. Da die verletzte Unterlassungspflicht hier aber nur einen Teil der ganzen geschuldeten Leistung bildet, so bewirkt das Zuwiderhandeln ein teilweises Unmöglichwerden der ganzen Leistung.[1])

Zu der Fällung des Unmöglichkeitsurteils in den bisher besprochenen Fällen waren wir nur deshalb berechtigt, weil sich hier die Unterlassung als „Leistung" im Sinne des § 280 BGB. darstellt. In den Staub'schen Fällen positiver Vertragsverletzungen der zweiten Gruppe, wo jemand eine Leistung zwar bewirkt, aber schuldhafterweise fehlerhaft, da stellt sich, wie wir gesehen haben, die verletzte Rechtspflicht nur als die Kehrseite der positiven Leistungspflicht dar. Wird die Erfüllung dieser unselbstständigen Rechtspflicht unmöglich, so kann man noch nicht von einer Unmöglichkeit der Leistung sprechen, weil als „Leistung" im Sinne des § 280 BGB. nur die positive Leistung, d. h. das durch die positive Tätigkeit des Schuldners herzustellende Endergebnis in Betracht kommt.

[1]) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 259.

Die Schadensersatzpflicht lässt sich also in den Staub-schen Fällen positiver Vertragsverletzungen, in denen der Schuldner tut, was er unterlassen soll, aus den Regeln des BGB. über Unmöglichkeit und Verzug herleiten. Für die Staub'schen Fälle der fehlerhaften Erfüllungshandlungen (z. B. das gelieferte kranke Pferd steckt die Pferde des Käufers an) bleibt dagegen bisher der Nachweis der Schadensersatzpflicht des Schuldners noch zweifelhaft. Wir haben uns daher in den folgenden Ausführungen nur noch mit diesen Staub'schen Fällen positiver Vertragsverletzung zu befassen.

Begründungsversuche der Schadensersatzpflicht für die Fälle der fehlerhaften Erfüllungshandlungen.

§ 4.

a) Die ausserkontraktliche Haftung.

Verschiedene Autoren[1]) haben darauf hingewiesen, dass in den Fällen der fehlerhaften Erfüllungshandlungen die Schadensersatzpflicht des Schuldners ausserkontraktlich mittels § 823 BGB. zu gewinnen sei. Diese Regelung genügt aber nur in einigen wenigen Fällen, denn Abs. 1 des § 823 trifft nur die Fälle, in denen eines der dort bezeichneten Rechtsgüter, wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt ist. Unter dem Begriff „sonstiges Recht" begreifen zwar einige Schriftsteller[2]) auch das Forderungsrecht, aber selbst diese meinen, dass eine Verletzung des Forderungsrechts regelmässig nur dann unter § 823 I fällt, wenn sie von einem Dritten, also nicht vom Schuldner ausgeht: „Die Rechtsfolgen, welche sich an die Verletzung eines obligatorischen Rechtes knüpfen, bestimmen sich nicht nach den Vorschriften des 25. Titels, sondern nach

[1]) Vgl. Kipp a. a. O., S. 256, Düringer-Hachenburg Bd. II, S. 265. Bd. III S. 202.

[2]) Vgl. Cosack a. a. O., § 163 I a, Planck a. a. O., § 823, Erl. II 1 f., Crome, Bd. II, S. 1020, § 325. II, 4.

den Regeln der einzelnen Schuldverhältnisse," meint Planck.[1]) In diesem Sinne bemerken auch die Motive,[2]) dass die Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnis überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über unerlaubte Handlungen ist. Die herrschende Meinung[3]) zählt mit Recht ganz allgemein unter die „sonstigen Rechte" nur die absoluten Rechte und den Besitz, aber nicht obligatorische Rechte, sodass eine Verletzung des Forderungsrechtes schon aus diesem Grunde nicht unter § 823 I fallen würde. „Wenn eine nähere, zwischen bestimmten Personen bestehende Rechtsbeziehung (ein Schuldverhältnis etc.) durch den Verpflichteten verletzt wird, so entsteht daraus nur eine Umbildung jenes Verhältnisses. Diese Verletzung wird daher regelmässig im Anschluss an das verletzte Rechtsverhältnis behandelt[4])[5])."

§ 823 Abs. 2, der eine Schadensersatzpflicht für denjenigen aufstellt, welcher gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz verstösst, ist auf die hier besprochenen Fälle fehlerhafter Erfüllungshandlungen erst recht nicht anwendbar. Schutzgesetze sind zwar nicht nur die Normen des öffentlichen Rechts, sondern unter diesen Begriff sind anerkanntermassen auch einzelne Bestimmungen aus dem Bürgerlichen Recht zu zählen, wie §§ 42, 53, 909[6]) BGB., dagegen sind die Vorschriften, die das Verhalten der Vertragsparteien bei Schuldverhältnissen regeln, nicht hierunter zu rechnen.[7])

Es ist also nur richtig, dass § 323 Abs. 1 in den

---

[1]) Vgl. Planck, a. a. O., Vorbem. 4 zum 25. Titel.

[2]) Vgl. Motive Bd. II, S. 727.

[3]) Vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O., Bd. I, S. 892, Oertmann a. a O., § 823 Anm. 3. d. e. Fischer-Henle a. a. O., § 823, Anm. 8. Vgl. R. G. Bd. 51, S. 93, Bd. 53, S. 201, Bd. 57 S. 354ff. wo die Literatur über diese Streitfrage zusammengestellt ist.

[4]) Crome a. a. O., Bd. II, S. 1011.

[5]) Gegen die Anwendung des § 823 I selbst auf die hier besprochenen Fälle: W. v. Blume a. a. O., S. 229, 230. Vgl. auch R. G. Bd. 53, S. 201.

[6]) Vgl. R. G. Bd 51, S. 177.

[7]) Vgl. Fischer-Henle a. a. O., § 823, Anm. 15.

wenigen Fällen Abhilfe schafft, wo gerade Leben, Gesundheit, Eigentum etc. des Gläubigers verletzt sind, sodass z. B., wenn der Käufer an dem gelieferten schlechten Fleisch erkrankt, wenn die gelieferten wurmstichigen Äpfel die des Käufers anstecken oder der gelieferte Leuchtstoff im Laden des Käufers durch Explosion Schaden anrichtet, ein Schadensersatzanspruch des Käufers nach § 823 Abs. 1 gegeben ist.

Aber der § 823 Abs. 1 wird in den wenigen Fällen, in denen seine Anwendung möglich ist, dann auch nicht zum Ziele führen, wenn der Geschäftsherr die rechtsverletzende Handlung nicht selbst begangen hat, sondern sich eines Gehilfen bedient hat. In grösseren Betrieben, wo der Geschäftsherr sich nur mit der Leitung befasst, wird dieser Fall sogar die Regel bilden. Der verletzte Teil ist hier, wenn sein Eigentum, seine Gesundheit, sein Leben etc. verletzt ist, für die Verfolgung seiner Ansprüche auf § 831 BGB. angewiesen, wonach dem Geschäftsherrn der nicht allzu schwierige Exkulpationsbeweis frei steht, dass er bei der Auswahl des Angestellten, der den Schaden zugefügt hat, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Gelingt ihm dieser Beweis, und das wird in der Regel der Fall sein, dann entfällt die Haftung des Geschäftsherrn. Der Verletzte könnte sich dann nur noch an den gewöhnlich unbemittelten Angestellten halten. Diese von Kipp und Düringer-Hachenburg vorgeschlagene Regelung befriedigt deshalb sehr wenig.

§ 5.

b) Die Anwendung des § 280 BGB. Theorie Goldmann-Lilienthal.

Da somit die ausserkontraktliche Haftung in den Fällen der fehlerhaften Erfüllungshandlungen zur Begründung der Schadensersatzpflicht des Schuldners nur selten ausreicht, so ist auf die verschiedenste Weise versucht worden, die Schadensersatzpflicht unter kontraktlichen Gesichtspunkten zu begründen.

Wir hatten oben den Standpunkt vertreten, dass die Unmöglichkeitsregeln sich auf Fälle der positiven Vertragsverletzungen, in denen die verletzte Rechtspflicht nur sekundärer Natur ist, nicht anwenden lassen. Im Gegensatz zu diesen unseren Ausführungen wollen Goldmann-Lilienthal[1]) und Schöller[2]) in den Fällen der fehlerhaften Lieferung die Schadensersatzpflicht wegen mangelhafter Erfüllung mit Hilfe des § 280 konstruieren. Sie führen aus: Die Unmöglichkeit der Leistung könne sich auf jeden Bestandteil der Verbindlichkeit des Schuldners beziehen: auf die Zeit der Leistung, den Ort und den Gegenstand der Leistung. Habe die geschuldete Sache nicht diejenigen Eigenschaften, welche sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses haben müsse, werde eine Handlung nicht so geleistet, wie sie geschuldet werde, so sei die Leistung insoweit unmöglich, als die Sache oder die Leistung nicht dem Inhalte des Schuldververhältnisses entspreche. Habe z. B. die vom Verkäufer zu liefernde Sache einen Mangel, so sei die vertragsmässige Leistung unmöglich. Gebe ein Beauftragter die erforderliche Nachricht nicht, stelle der Gesellschafter eine falsche Bilanz auf, so sei die Leistung — die Benachrichtigung, die Aufstellung einer richtigen Bilanz — unmöglich. Meist werde es sich hier um eine teilweise oder zeitweise Unmöglichkeit handeln. Die Benachrichtigung, die Aufstellung einer richtigen Bilanz bleibe möglich. Aber auch wenn sie später erfolge, so bleibe sie für die vorhergehende Zeit, in der sie hätte erfolgen müssen, unmöglich. Wenn ein Verschulden des Beauftragten oder Gesellschafters vorliege, sei er nach § 280 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet.[3])

Dieser Erklärungsversuch Goldmann-Lilienthals ist unhaltbar, weil er weder rechtlich noch sachlich das Richtige trifft. Zunächst einmal ist es falsch, die zeitweise Unmöglichkeit immer als teilweise Unmöglichkeit im Sinne des § 280 II BGB. zu behandeln. Ist der Schuldner durch

[1]) Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 333.
[2]) Schöller a. a. O., S. 27 ff.
[3]) Vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 333.

sein Verschulden zeitweilig unfähig zur Leistung, so liegt unter der weiteren Voraussetzung der Mahnung nach Fälligkeit etc. Verzug vor. Nur wenn wir die besondere Regelung des Verzugs nicht besässen, dann würden wir allerdings genötigt sein, die zeitweise Unmöglichkeit immer als teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung aufzufassen, nämlich der Erfüllung in Ansehung der Zeit, zu der sie zu bewirken ist. Nun besteht aber die besondere Regelung des Verzuges und muss daher beachtet werden.

Weshalb der Gesetzgeber die zeitweise Unmöglichkeit besonders regelte, ist nicht schwer zu erraten. Es ist klar, dass es für den Gläubiger wirtschaftlich von Bedeutung ist, ob er die geschuldete Leistung erhält oder ob er sie überhaupt nicht erhält. Dagegen ist es in der Regel ziemlich bedeutungslos, ob er die Leistung genau zum Fälligkeitstermin oder erst später erhält. Die verspätete Leistung ist für den Gläubiger meist noch eben so viel wert, wie die rechtzeitige. Daher kann die Leistung insoweit nachgeholt werden, als der Gläubiger noch ein Interesse an der verspäteten Leistung hat. Man kann dann nicht von Unmöglichkeit der Leistung sprechen, weil der Gläubiger wirtschaftlich vollkommen erreicht, was er mit der vertraglichen Bindung des Schuldners bezweckte.

Wenn also die Leistung zwar nicht rechtzeitig geschah, aber noch nachgeholt werden kann, dann liegt nach dem geltenden Recht (Verschulden und Mahnung nach Fälligkeit etc. vorausgesetzt) höchstens Verzug vor.

Dass mit der Unmöglichkeitstheorie von Goldmann-Lilienthal für die Fälle der fehlerhaften Leistung nichts anzufangen ist, hat auch Staub an einem Beispiel gezeigt: „Ein Gesellschafter, dem die Buchführung obliegt, hat innerhalb der ersten drei Monate des Geschäftsjahres die Bilanz aufzustellen. Je nach dem Ausfall der Bilanz werden geschäftliche Dispositionen getroffen. Schon in den ersten 2 Wochen stellt der bücherführende Gesellschafter freudestrahlend eine höchst günstige Bilanz auf, die anderen Gesellschafter treffen daraufhin entsprechende geschäftliche

Dispositionen. Vierzehn Tage später stellt sich heraus, dass der bücherführende Gesellschafter aus grober Fahrlässigkeit eine falsche Bilanz aufgestellt hat. Er legt jetzt die richtige Bilanz vor. Die wahre Vermögenslage ist bei weitem nicht so günstig wie sie nach der ersten Bilanz schien, die daraufhin getroffenen geschäftlichen Dispositionen waren verfehlt und schadenbringend."[1]) Goldmann-Lilienthal sagen nun, der Gesellschafter hat eine falsche Bilanz aufgestellt, und deshalb ist das Aufstellen einer richtigen Bilanz unmöglich. Dass dies nicht richtig ist, leuchtet ohne weiteres ein. Aber nach Goldmann-Lilienthal liegt doch wenigstens eine „zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung" vor. „Wenn sie später erfolgt, so bleibt sie für die betreffende Zeit, in der sie hätte erfolgen müssen, unmöglich." Das ist gleichfalls unrichtig, denn die Bilanz musste in den ersten drei Monaten aufgestellt werden und ist auch in dieser Zeit aufgestellt worden. Auch dieses Beispiel lehrt, wie wenig zutreffend die Begründung von Goldmann-Lilienthal ist. Von dem oben gefundenen Prinzip, dass die Regeln über die Unmöglichkeit sich nicht auf Staubs Fälle der fehlerhaften Erfüllungshandlungen anwenden lassen, gibt es jedoch einige wenige Ausnahmen. Es gibt nämlich Fälle, vorwiegend beim Werkvertrage, wo die fehlerhafte Leistung die fehlerlose Leistung unmöglich macht, z. B. wenn die Spinnerei aus der ihr übergebenen Wolle ein Garn von verkehrter Stärke herstellt.[2]) Aber das sind nur Ausnahmefälle.

§ 6.

c) Die Analogie aus § 286 BGB.

Während Goldmann-Lilienthal und Schöller mit den ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. hier auszukommen glauben, schlägt Staub die analoge Anwendung des § 286 zur Begründung der Schadensersatzpflicht vor. Staub

[1]) Vgl. Staub, a. a. O., S. 10.
[2]) Vgl. Kipp, a. a. O., S. 253.

geht bei seinem Begründungsversuch von dem Gedanken aus, dass das BGB. für die hier in Rede stehenden Fälle der fehlerhaften Lieferung keine Vorschriften enthält, die die Schadensersatzpflicht des Schuldners normieren. „Das BGB. besitzt", so führt Staub aus[1]), „im § 286 BGB. eine Bestimmung, die ausreichend Fürsorge trifft für alle die Fälle, wo jemand eine Leistung nicht bewirkt, die er zu bewirken verpflichtet ist, wo er unterlässt, was er tun sollte", denn es bestimmt in § 286, dass der Schuldner dem Gläubiger den durch schuldhafte Leistungsverzögerung entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Da die Rechtsprechung für die Fälle positiver Vertragsverletzungen nach Staub's Ansicht ihre Entscheidung nicht unmittelbar aus dem Gesetz selbst herleiten kann, nimmt sie die Analogie zu Hilfe, d. h. „sie hat auf die Grundprinzipien unseres Gesetzes oder einer Mehrheit von Gesetzen oder der Gesamtheit der Gesetzgebung zurückzugehen und nach denselben nicht besonders geregelte Fälle zu entscheiden[2])". Von dem gesetzgeberischen Grundgedanken des § 286 BGB. ausgehend, kommt dann Staub zu dem Satze: Derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine fehlerhafte Leistung schuldhaft verletzt, und dadurch den Verpflichtungszweck gefährdet, muss sich gefallen lassen, dass die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzung ebenso beurteilt werden, wie die Pflichtverletzung desjenigen, der durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung den Verpflichtungszweck gefährdet, d. h. er muss dem anderen Teil den durch die fehlerhafte Leistung entstehenden Schaden ersetzen.

Dieser Vorschlag Staub's, den er als naheliegend und zwingend bezeichnet, hat wenig Beifall gefunden, er scheint auch mir nicht annehmbar. Es ist zwar zuzugeben, dass die durch fehlerhafte Leistungen erzeugten Schäden nicht eingetreten wären, wenn die Leistung ordnungsmässig er-

---

[1]) Vgl. Staub, a. a. O., S. 5.

[2]) Vgl. Dernburg, Lehrb. d. BGB. Bd. I, § 30, I.

folgt wäre. Aber sie sind deshalb, wie Kipp[1]) mit Recht hervorhebt, auch nicht Schäden, „welche aus dem Nichtgeschehen ordnungsmässiger Erfüllung sich ergeben, denn sie wären ohne allen Zweifel auch dann nicht eingetreten, wenn gar nichts geschehen wäre.“ Der durch Verzug entstehende Schaden ist nur der, den das Unterbleiben der richtigen Leistung anrichtet. Er ist also grundverschieden von dem besonderen Schaden, den ein verfehlter Leistungsversuch verursacht. (Z. B. die gelieferten wurmstichigen Äpfel stecken die des Käufers an). Wenn Verzug besteht, und der Schuldner fügt durch fehlerhafte Leistungsversuche z. Zt. des Verzuges dem Gläubiger Schaden zu, dann wird offenbar der durch die positive Vertragsverletzung angerichtete Schaden (Ansteckung der Äpfel des Käufers) nicht durch den Verzugsschaden gedeckt.

§ 7.

d) Direkte Anwendung des § 276 BGB.

Das Reichsgericht will bekanntlich den hier anzuwendenden Rechtssatz, dass der Schuldner im Falle schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten zum Schadensersatz verpflichtet ist, in § 276 BGB. finden.[2]) Nach § 276 habe der Schuldner, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Das bedeute: Der Schuldner habe Schadensersatz zu leisten, wenn er seine Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzte. Diese Theorie wird auch von Crome[3]), Krückmann[4]) und Düringer-Hachenburg[5]) vertreten. Ersterer führt in seinem System aus: „Der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich meist darauf, dass ein gewisses Mass von Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet werde. Ihre Ausserachtlassung (Vor-

[1]) Vgl. Kipp a. a. O., S. 254.

[2]) Vgl. R. G. Bd. 52, S. 18, Bd. 53, S. 201, Bd. 65, S. 19, Bd. 66, S. 292.

[3]) Vgl. Crome a. a. O., Bd. II a. S. 65.

[4]) Vgl. Krückmann a. a. O., S. 191 ff.

[5]) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O., Bd. II, S. 265.

satz, Fahrlässigkeit) macht also schadenersatzpflichtig. § 276 BGB.“

Nach dieser Theorie enthält also § 276 zunächst einen Rechtsbefehl: Der Schuldner hat seine Verbindlichkeit sorgfältig zu erfüllen. Ferner regelt § 276 auch die Folgen für den Fall der Nichtbeachtung dieses Rechtsbefehls. Unter dem Ausdruck „vertreten“ verstehen die Anhänger dieser Theorie nichts anderes, als „sich schadensersatzpflichtig machen.“

Aus den verschiedensten Gründen ist diese Theorie nicht haltbar.

1. Es ist nicht angängig den § 276 völlig aus dem Zusammenhange heraus zu reissen, wie das die Vertreter dieser Theorie tun, denn § 276 kann nur in diesem Zusammenhange des Gesetzes richtig verstanden werden. Es ist eine bekannte Technik des Gesetzgebers, dass er gewisse Begriffe, die er häufiger im Gesetze verwendet, durch allgemeine Bestimmungen erläutert. Im § 858 Abs. II definiert es z. B. den Begriff des „fehlerhaften Besitzes.“ Ähnlich wie hier bestimmt das Gesetz in den §§ 276 – 279 den Begriff der zivilrechtlichen Schuld, „des Vertretenmüssens,“ mit dem es nicht nur in den darauf folgenden Paragraphen, sondern an zahlreichen anderen Stellen des Gesetzes operiert. Der § 276 sagt also nichts weiter, als: Ein zivilrechtliches Verschulden trifft denjenigen, der vorsätzlich oder fahrlässig handelt. „§ 276 Satz 1 enthält für sich allein genommen,“ wie Siber ganz richtig sagt, „überhaupt keinen Rechtsbefehl, sondern nur eine Begriffsbestimmung: ein Rechtsbefehl ergibt sich aus ihm erst vermöge einer doppelten Ergänzung durch andere Vorschriften, einmal von der Seite der vorsätzlich oder fahrlässig verletzten konkreten Rechtspflicht, und ferner von der Seite der Rechtsfolgen des Vertretenmüssens aus.“[1]) Übrigens hat auch das Gesetzbuch in den Fällen, wo es von „Vertretenmüssen“ spricht, durchaus nicht immer als Folge des Vertretens die Schadensersatzpflicht aufgestellt, so nicht

[1]) Vgl. Siber a. a. O., S. 195.

in den §§ 338, 462, 487, 543, 645, 2196 BGB. usw., wo nur von Behalten der Draufgabe, Wandelung oder Minderung, Vergütung der Wertminderung, Rückerstattung des Mietzinses u. a. mehr als Folge des zu vertretenden Verhaltens, aber nicht von Schadensersatzpflicht die Rede ist.

2. Das Schadensersatzprinzip kann in § 276 nicht ausgesprochen sein, denn sonst wären die unmittelbar auf § 276 folgenden §§ 280 und 286 überhaupt unverständlich und überflüssig. Was hätte es für einen Sinn, dass § 280 bestimmt, der Schuldner, dem die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn die Schadensersatzpflicht sich ohne weiteres bereits aus § 276 ergibt? Dasselbe gilt von § 286: Da nach § 285 Verzug vorliegt, wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung vertretbarerweise nicht bewirkt, so würde die Schadensersatzpflicht sich also schon aus § 285 in Verbindung mit § 276 ergeben und § 286 wäre gleichfalls überflüssig. Aus § 276 lässt sich also das Schadensersatzprinzip nicht herleiten.

Ebensowenig führt eine ausdehnende Auslegung des § 276 zum Ziel, wie sie Kipp[1]) vorschlägt. Er erkennt an, dass dem BGB. ein deutlicher Ausdruck über die Schadensersatzpflicht des Schuldners in Ansehung der durch fehlerhafte Leistungsversuche herbeigeführten Schäden fehlt. Aber er meint, dass die Vorschrift des § 276, die sich anscheinend nach dem Zusammenhange nur auf das Unmöglichwerden der Leistung bezöge, nicht auf das Unmöglichwerden beschränkt werden könne. Dies gelte nicht nur von der allgemein gültigen Bestimmung der Fahrlässigkeit, sondern auch von der Vorschrift über das, was der Schuldner zu vertreten habe. Man könne deshalb sagen, „dieselben Umstände, die der Schuldner zu vertreten habe — und zwar im Sinne der Schadensersatzpflicht — wenn er sich die Leistung unmöglich mache, eben dieselben habe

[1]) Vgl. Kipp a. a. O., S. 254.

er im gleichen Sinne zu vertreten, wenn er durch fehlerhafte Erfüllungshandlungen den Gläubiger schädige."

Die Theorie Kipp's ist aber in Wirklichkeit keine ausdehnende Auslegung des § 276, denn die Schadensersatzpflicht für die Fälle des Unmöglichwerdens der Leistung ist in § 280 statuiert, § 276 spricht sich, wie wir bereits oben gesehen haben, über die Folgen des zu vertretenden Verhaltens garnicht aus. Dass aber eine analoge Anwendung des § 280, auf die Kipp's Theorie schliesslich hinausläuft, fehlerhaft ist, hat Kipp[1]) selber mit Nachdruck betont.

§ 8.

Begründung der Schadensersatzpflicht durch Auslegung der ausdrücklichen Anordnungen des Gesetzes.

Wir hatten bisher gesehen, dass sich die vom Rechtsgefühl verlangte Ersatzpflicht des Schuldners für die durch fehlerhafte Leistungsversuche herbeigeführten Schäden weder in einer ausdrücklichen Bestimmung des BGB. finden, noch durch analoge Anwendung eines bestimmten Paragraphen begründen lässt, ohne dass dem Gesetz in irgend einer Weise Gewalt angetan wird.

Eine den §§ 285 ff. I, 5. Pr. A. L. R. entsprechende Vorschrift, dass derjenige, der bei Erfüllung einer Verbindlichkeit sich eines Versehens schuldig macht, dem anderen Teile das Interesse zu ersetzen hat, findet sich im BGB. nirgends. Statt dessen hat das BGB., wie wir gesehen haben, die Schadensersatzpflicht bei der nachfolgenden zu vertretenden Unmöglichkeit, dem Verzuge, der Gewährleistung und nebenher noch in vielen einzelnen Bestimmungen für den Fall schuldhafter Verletzung der dort normierten Verpflichtung ausgesprochen. Aus dem Fehlen des allgemeinen Satzes einerseits, und dem Vorhandensein der einzelnen Bestimmungen andererseits könnte man schliessen, der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck bringen wollen: Nur in den besonders geregelten Fällen

[1]) Vgl. Kipp a. a. O., S. 253.

zieht ein schuldhaftes Verhalten bei Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Schadensersatzpflicht nach sich. Wäre dieser Schluss richtig, dann könnte man dem Gesetz mit Recht den Vorwurf der Unvollständigkeit und Armut[1]) machen, denn dann liesse sich das verlangte Ersatzprinzip nicht oder nur durch Gewaltsinterpretationen aus dem Gesetz begründen. Die erwähnten Bestimmungen über nachfolgende Unmöglichkeit, Verzug usw. legen einen anderen Schluss weit näher, nämlich den, „dass das BGB. von dem als selbstverständlich unterstellten und deshalb ausdrücklich nicht ausgesprochenen Rechtssatz der Schadenhaftung aus schuldhafter Verletzung einer Verbindlichkeit ausging,“[2]) und dass die besonders geregelten Einzelfälle sich nur als eine Anwendung dieses allgemeinen Rechtssatzes darstellen. Nach dieser m. E. richtigen Ansicht liegt also, um es anders auszudrücken, den Einzelsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse der Rechtssatz zugrunde, dass jede schuldhafte Verletzung der Pflicht des Schuldners zu Schadensersatz verpflichtet. Lehmann hat gezeigt, wie sich dies aus allgemeinen Erwägungen ergibt, und durch Auslegung der ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes nachweisen lässt. Er führt aus: „Es sei voreilig, auf dem Gebiete des Vertragsrechtes die Normen über Verzug und Unmöglichkeit als einzige Ausnahme von dem grossen Prinzip der Ersatzfreiheit zu betrachten.[3]) Denn die Unmöglichkeit und der Verzug hätten als besondere Institute geregelt werden müssen, und seien nicht nur nach der Seite der Ersatzpflicht hin zu normieren gewesen. Hätte man nun in den §§ 280 und 286 die Schadensersatzpflicht nicht aufgenommen, so hätte dies bei der Einzelregelung der Institute im übrigen allerhand Missverständnisse hinsichtlich der Ersatzpflicht hervorgerufen.“

„Die Annahme des erwähnten Rechtssatzes recht-

---

[1]) Vgl. Staub a. a. O., S. 20.

[2]) Vgl. Müller a. a. O., S. 542.

[3]) Vgl. Lehmann, Arch. Bd. 96 S. 85 und Zitelmann, „Lücken im Recht“, 1903.

fertigte sich zunächst aus allgemeinen Erwägungen heraus. Es werde allseitig anerkannt, dass eine positive Bestimmung des BGB. der grundsätzlichen Aufstellung einer Schadensersatzpflicht für schuldhaftes Verhalten bei Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht entgegenstehe. Wenn dies richtig sei, dann sei man durch nichts gezwungen, sich an die ausdrücklichen Einzelbestimmungen über Verzug und Unmöglichkeit anzuklammern. Bejahe man erst einmal, dass der Schuldner die gesetzliche Pflicht habe, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks gefährde, dann sei es absurd, einem schuldhaft pflichtwidrigen Verhalten keine anderen Folgen zu geben, als dem pflichtgemässen. Ein Gesetzgeber, der besondere Vertragspflichten aufstellen würde, ohne den Schuldner irgendwie für etwaige Pflichtwidrigkeiten haftbar zu machen, müsste unverständlich erscheinen.“ Der Verletzer muss also für die Folgen seines Tuns einstehen, d. h. nach unseren Rechtsanschauungen, er muss den durch sein Handeln verursachten Schaden ersetzen. Aus welchem inneren Grunde sollte man denn auch nur in den Fällen der zu vertretenden Unmöglichkeit und des Verzuges eine Ersatzpflicht geben, dagegen in den anderen Fällen schuldhaft pflichtwidrigen Handelns keine? Es drängt sich einem danach die Ansicht förmlich auf, dass die Ersatzpflicht bei Unmöglichkeit und Verzug nicht als etwas Singuläres aufzufassen ist, sondern als die Anwendung jenes allgemeinen Rechtssatzes.

Zu diesem unausgesprochenen Ersatzprinzip führen uns aber nicht bloss derartige allgemeine Erwägungen, wir können auch aus vielen Einzelbestimmungen des Gesetzes erkennen, dass es für den Gesetzgeber der leitende Grundsatz gewesen ist. Es sind dies die Fälle, in denen dem Schuldner eine Verpflichtung auferlegt wird, z. B. den Weisungen eines Anderen zu folgen, gegen die der Schuldner nur durch eine positive Vertragsverletzung verstossen kann. Dabei liegt eine Unmöglichkeit der positiven Leistung regelmässig nicht vor.

So bestimmt § 447 Abs. II beim Versendungskauf: Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt, und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

§ 644 Abs. II enthält eine ähnliche Bestimmung für den Werkvertrag:

Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte, als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung. Während hier[1]) die Folge der Ersatzpflicht für den Fall der Verletzung der Verbindlichkeit ausdrücklich ausgesprochen ist, gibt es eine ganze Reihe ähnlich liegender Fälle, in denen die Schadensersatzpflicht als Folge der Verletzung angenommen werden muss, weil es keinen Sinn hätte, dass der Gesetzgeber eine Verpflichtung für den Schuldner aufstellte, ohne ihn für die Folgen der schuldhaften Verletzung dieser Verpflichtung einstehen zu lassen.

Es sind dies die Fälle der §§ 548, 603 und 692 BGB., wonach der Mieter und ebenso der Entleiher von der gemieteten oder geliehenen Sache keinen anderen, als den vertragsmässigen Gebrauch machen, und der Verwahrer nicht die vereinbarte Art der Aufbewahrung ändern darf. In der Literatur[2]) ist man sich darüber einig, dass der Schuldner in diesen Fällen für seine schuldhafte Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig wird. Aus der Tatsache, dass z. B. im § 447 Abs. II die Schadensersatzpflicht ausdrücklich ausgesprochen, dagegen in den §§ 548, 603, 692 mit keiner Silbe berührt ist, geht mit Sicherheit hervor, dass diese Bestimmungen ebenso wie die bei Unmöglichkeit und Verzug nicht in erster Reihe der Normierung der Schadensersatzpflicht, als etwas Singulärem wegen aufge-

[1]) Ebenso in § 498, Abs. II.

[2]) Vgl. Planck a. a. O., Bem. 1 zu § 603 u. Bem. 3 zu § 665, auf den in § 692 verwiesen ist. Vgl. Oertmann, § 603 Bem. 1 b. Bem. 5 zu § 665 auf den in § 692 verwiesen ist. Vgl. W. v. Blume, a. a. O. S. 234.

nommen worden ist, — wie hätte dann die Ersatzpflicht so nebenher geregelt werden können? — sondern dass diese Bestimmung in erster Linie anderen Zwecken dienen — z. B. der Aufstellung eines besonderen Inhalts der Leistungspflicht — und dass die Schadensersatzpflicht bei dieser Gelegenheit erwähnt worden ist. Daher ist aus diesen Einzelbestimmungen der Schluss auf ein allen zu Grunde liegendes Prinzip möglich. Die Bestimmungen „ergeben sicher, dass die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzige Ausnahme von dem Grundprinzip der Ersatzfreiheit enthalten",[1]) und dass das Gesetz „auf dem Standpunkt stehen muss, dass die Verletzung einer Vertragspflicht ganz unabhängig von Unmöglichkeit und Verzug eine Ersatzpflicht begründen kann." Die gemeinsame Voraussetzung für die Ersatzpflicht bei allen Arten von Verletzungen einer Verbindlichkeit ist, dass ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB. vorliegt.

So sehen wir auch aus den Einzelbestimmungen,[2]) dass für den Gesetzgeber der allgemeine unausgesprochene Grundsatz leitend war, dass die schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit zum Schadensersatz verpflichten muss.

Wenn man von diesem Grundsatz ausgeht, erklärt sich die ausdrückliche Gewährung der Schadensersatzpflicht in §§ 280 und 286 völlig ungezwungen.

§ 280 ist die Anwendung unseres allgemeinen Prinzips auf den Fall, in dem die schuldhafte Verletzung der Verbindlichkeit eine Unmöglichkeit der Leistung hervorruft. Er fand Aufnahme im Gesetz einmal, „um die Grenzen des Untergangs der Schuldnerverbindlichkeit durch Untergang der geschuldeten Leistung für den Fall schuldhafter Verletzung jener Verbindlichkeit festzulegen,"[3]) also im Gegen-

[1]) Vgl. Lehmann, Arch. Bd. 96, S. 87, 88. Vgl. Oertmann § 276 Bem. 6 b. W. v. Blume a. a. O. S. 231 ff. Lesser a. a. O., S. 32. Cosack a. a. O., § 108. E. Müller, a. a. O. S. 541 ff.

[2]) Doerr a. a. O., verweist auf §§ 160, 163 BGB., worin nach ihm der Fundamentalsatz der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen gleichfalls enthalten ist. Er kommt aber zur analogen Anwendung des § 286 BGB.

[3]) Vgl. E. Müller a. a. O. S. 542.

satz zu § 275. Dann aber auch, um bei der Einzelregelung im übrigen — hinsichtlich der teilweisen Unmöglichkeit und des Erfüllungssurrogats — Irrtümer zu vermeiden, die hier aus dem Schweigen des Gesetzes über die Ersatzpflicht hätten entstehen können.

Die Aufnahme der Vorschrift des § 286 war gerechtfertigt, weil der Verzug nicht als eine blosse Unterart zu vertretender Rechtsverletzungen, sondern gewissermassen als ein besonderes Rechtsinstitut im BGB. behandelt ist. Beim Verzuge begegnen wir dem allgemeinen Ersatzprinzip in modifizierter Form. Modifiziert insofern, als zum Verzuge ausser einer vertretbaren Rechtsverletzung noch die Mahnung im Sinne des § 284 verlangt wird, der Schadensersatzanspruch des § 286 also ausserdem noch an diese geknüpft ist, modifiziert aber auch insofern, als nach dem allgemeinen Ersatzprinzip nur bei schuldhafter Rechtsverletzung eine Verpflichtung zum Schadensersatz aufgestellt ist, während nach § 286 Ersatzansprüche auch bei schuldloser Verletzung von Vertragspflichten gegeben sind, nämlich wenn ein Unvermögen im Sinne des § 279 BGB. vorliegt, das kein Verschulden voraussetzt, aber trotzdem als ein vom Schuldner zu vertretendes Nichtkönnen der Leistung im Sinne des § 285 anzusehen ist.

Gegen die hier vertretene Ansicht können also Bedenken aus der ausdrücklichen Aufstellung der Schadensersatzpflicht in §§ 280 und 286 nicht entstehen. Wir sehen aus alledem, dass es sich bei der Begründung der Schadensersatzpflicht des Schuldners wegen pflichtwidrigen Verhaltens nicht um die Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes, sondern um die Aufsuchung eines im Gesetz enthaltenen, obwohl nur mittelbar ausgesprochenen Rechtssatzes handelt.

Wie auf alle anderen Arten von Geschäften, so muss der allgemeine, nur mittelbar ausgesprochene Rechtssatz, dass der Schuldner den Schaden zu tragen hat, der durch eine von ihm verschuldete mangelhafte Leistung entsteht, besonders beim Kauf — dies soll hier nur in aller Kürze

gestreift werden — Anwendung finden. Von Dernburg[1]) und Kipp[2]) ist das m. E. mit Unrecht bestritten worden; sie behaupten, dass die Schadensersatzpflicht beim Kauf in den §§ 463 und 480 ausschliesslich geregelt sei, sodass die Anwendung unseres allgemeinen Rechtssatzes entfalle, soweit der Tatbestand dieser Bestimmungen reiche; Kipp erkennt nur gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch nach § 823 an.

Der uns hier interessierende Fall ist also der, dass dem Käufer durch vorsätzliche oder fahrlässige Lieferung mangelhafter Ware seitens des Verkäufers — also Verschulden bei der Erfüllung — ein weiterer durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebener Schaden entstanden ist (z. B. das vom Verkäufer gelieferte kranke Pferd steckt die Pferde des Käufers an, die gelieferten mottigen Pelzwaren verderben die des Käufers).

Es fragt sich, ob dieser Fall durch die Bestimmungen des BGB. über die Sachmängelhaftung gedeckt wird, oder ob neben diesen Bestimmungen die allgemeinen Rechtsregeln anwendbar sind?

Die Sachmängelhaftung beim Kauf ist in den §§ 459ff. geregelt. Wegen eines Sachmangels der Speziessache steht danach dem Käufer nur in den Fällen des § 463 ein Ersatzanspruch zu, im übrigen hat er deswegen einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung nach § 462 BGB. Der entscheidende Augenblick ist in § 463 der Moment des Vertragsschlusses, denn es heisst dort: fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer zu dieser Zeit einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der § 463 normiert also eine Schadensersatzpflicht für den Fall eines schuldhaften Verhaltens des Verkäufers beim Abschluss des Vertrages. Diese Bestimmung passt daher auf unseren Fall, wo es sich, wie

[1]) Vgl. Dernburg, in D. J. Z. 03. S. 1 ff.
[2]) Kipp a. a. O., S. 255 ff.

wir bereits oben betont haben, um ein Verschulden bei der Erfüllung handelt, durchaus nicht.

Im § 459 ist als allgemeiner Zeitpunkt, in dem der Verkäufer wegen Mängel der Spezies gewährleisten muss, der Augenblick bezeichnet, zu welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht. Es ist dies von einigen Ausnahmen[1]) abgesehen der Moment der Übergabe (§ 446 Abs. 1 BGB.).

Liefert der Verkäufer dem Käufer also eine mangelhafte Speziessache, so kann dieser nach § 462 BGB. Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Mit diesen Ansprüchen ist aber dem Käufer in den oben angeführten Fällen nicht gedient, denn damit würde der angerichtete „weitergehende" Schaden nicht gedeckt sein. Wir sehen daraus, dass die Paragraphen über Gewährleistung beim Spezieskauf zur Regelung der hier ins Auge gefassten Fälle nicht ausreichen.

Aus der Tatsache, dass beim Spezieskauf im § 463 eine Ersatzpflicht nur für schuldhaftes Verhalten zur Zeit des Kaufabschlusses besonders normiert ist, dagegen nicht für ein solches Verhalten nach dem Vertragsabschluss, darf man m. E. nicht schliessen, dass neben den besonderen Regeln über die Gewährleistung beim Spezieskauf (§ 459 ff.) die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über gegenseitige Verträge unbeschränkt anwendbar seien. Sehr richtig bemerkt Oertmann: „Wollte man neben den Bestimmungen über die Gewährleistung die allgemeinen Vorschriften heranziehen, insbesondere in der Lieferung der mangelhaften Sache eine die Einrede aus § 320, das Rücktrittsrecht und den Ersatzanspruch aus den §§ 325/326 rechtfertigende teilweise Nichterfüllung oder Unmöglichkeit der Leistung sehen, dem Käufer die Annahmeverweigerung der angebotenen mangelhaften Sache und folgerecht die Inverzugsetzung des Verkäufers sogar mit der ganzen Leistung (mit den Folgen des § 326) gewähren, so würde das die

[1]) Ausnahmen siehe in den §§ 446 Abs. 2, 447 BGB.

beschränkende Regelung in den §§ 459 ff. unerklärlich machen.“ [1])

Es ist vielmehr folgende Scheidung geboten: Für die Fälle, in denen ein Mangel bereits beim Vertragsabschlusse vorliegt oder doch begründet ist, trifft das Gesetz die befriedigende besondere Regelung in den Bestimmungen über die Gewährleistung beim Kauf wegen Mängel der Speziessache (§ 459, 462, 463), neben ihnen ist an eine Anwendung der allgemeinen Bestimmungen nicht zu denken. In den Fällen, wo die Mängel erst später, also nach dem Vertragsabschlusse, aber vor dem Gefahrübergange entstehen, sind von den Bestimmungen über die Gewährleistung die §§ 459 Abs. 1 Satz 1, 462 mit den Folgen der Wandlung und Minderung gegeben, aber nicht der den Ersatzanspruch aufstellende § 463 BGB. Der Ausschluss dieses besonderen Ersatzanspruches wegen Zusicherung und Arglist für die Zeit nach dem Vertragsabschlusse bis zum Gefahrübergange hätte aber gar keinen Sinn, wenn man nicht annähme, dass den Interessen des Gläubigers hier bereits in anderer Weise gedient wäre, nämlich dadurch, dass die Ersatzpflicht bereits in den allgemeinen Bestimmungen geregelt ist, die hier zur Anwendung kommen.

Diese Annahme ist auch sehr berechtigt, denn durch den Abschluss des Kaufvertrages übernimmt der Käufer die Verpflichtung, dem Käufer die Sache in der Beschaffenheit in der sie sich gerade befindet, zu verschaffen. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, die Sache so zu behandeln und zu beaufsichtigen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Für diese, von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache wesentlich verschiedene Vertragspflicht und ihre Verletzung sind die allgemeinen Rechtssätze aufgestellt, die auch beim Kauf anzuwenden sind.

Der Verkäufer, der schuldhaft eine mangelhafte Speziessache liefert und dadurch einen weitergehenden Schaden anrichtet, (das gelieferte kranke Pferd steckt die

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O., Vorbem. zu den §§ 459 ff.

Pferde des Käufers an) ist also nach unserer allgemeinen Rechtsregel ersatzpflichtig, wonach der Schuldner den Schaden zu tragen hat, der durch eine von ihm verschuldete mangelhafte Leistung entsteht.

Für die Gewährleistung beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gilt die besondere Bestimmung des § 480 BGB. Hiernach kann der Käufer statt der Wandlung oder Minderung verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Dem Käufer bietet sich also einmal die Möglichkeit, das gelieferte mangelhafte Stück der Gattung als Erfüllung zu behandeln, dadurch konzentriert sich der ursprüngliche Gattungskauf auf die gelieferte Spezies. Dem Käufer steht dann wie einem Spezieskäufer, neben den Ansprüchen auf Wandlung oder Minderung der allgemeine Ersatzanspruch für den durch schuldhaft mangelhafte Leistung zugefügten Schaden zu. Denn warum sollte der Verkäufer beim Gattungskauf besser gestellt sein als beim Sonderkauf? Dieser Ersatzanspruch wird nicht etwa durch die Bestimmung des § 480 Abs. 2 BGB. verdrängt, wonach der Käufer statt der Wandlung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht (§§ 446, 447 BGB.) eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Denn § 480 Abs. 2 bedeutet nichts weiter, als die fast wörtliche, beinahe mechanische Übernahme der gleichen Bestimmung beim Sonderkauf (§ 463) mit der Änderung, dass der Fehler nicht schon beim Kaufabschluss, sondern erst beim Gefahrübergange vorliegen muss, eine Änderung, die durchaus notwendig war, da von einem Mangel, der schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorliegt, beim Gattungskauf keine Rede sein kann; denn zu dieser Zeit ist ja noch gar kein als mangelhaft zu bezeichnender Kaufgegenstand gegeben.

Nach § 480 BGB. kann der Käufer ferner die Lieferung des mangelhaften Stücks garnicht als Leistung gelten lassen,

dasselbe zurückweisen und die Lieferung eines mangelfreien Stücks der Gattung verlangen. Hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche ist die Rechtslage dann die gleiche, „wie wenn der Verkäufer überhaupt noch nicht geliefert hätte[1])", eine als mangelhaft zu bezeichnende Sache, für die Gewähr geleistet werden müsste, ist hier noch nicht vorhanden. Daher ist für die eigentlichen Gewährleistungsansprüche (Wandlung, Minderung) und den Schadensersatzanspruch wegen Arglist oder Zusicherung kein Raum. Die allgemeinen Regeln kommen hier uneingeschränkt zur Anwendung, also auch der allgemeine Satz, wonach der Schuldner den durch fehlerhafte Erfüllungshandlungen angerichteten Schaden zu ersetzen hat.

Wir kommen demnach zu dem Resultat, dass unser allgemeiner Grundsatz beim Spezieskauf nur auf Mängel, die der Verkäufer nach dem Kaufabschluss schuldhaft zugefügt hat, beim Gattungskauf dagegen ganz allgemein anwendbar ist[2]).

---

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O, § 480 Anm. 2 b.

[2]) Übereinstimmend: Staub a. a. O., S. 15, Planck a a. O., § 462 Bemerkung 6, 7, § 480 Bemerkung 6, E. Müller a. a. O. S. 579, Crome a. a. O., Bd. 2, S. 448, Anm. 33, W. v. Blume a. a. O., S. 230, R. G. Bd. 52, S. 18 Bd. 53, S. 200 Bd. 56, S. 166. A. A.: Lehmann, Arch. Bd. 96, S. 89. Dernburg, in D. J. Z. 03. S. 1 ff. Kipp a. a. O., S. 255 ff.

II. Teil.

§ 9.

Die positiven Vertragsverletzungen bei gegenseitigen Verträgen.

Der Schuldner hat, wie wir oben nachzuweisen versucht haben, nach dem allgemeinen Grundsatze des BGB. den durch schuldhaft fehlerhafte Erfüllungshandlungen entstandenen Einzelschaden zu ersetzen. Der Verkehr verlangt indessen bei gegenseitigen Verträgen noch weit darüber hinausgehende Rechte. Für die Fälle, in denen bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil mit der geschuldeten Leistung im Verzug ist oder die ihm obliegende Leistung schuldhaft unmöglich macht, gewährt das BGB. in den §§ 325, 326 nicht bloss ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder verzögerter Erfüllung der geschuldeten Leistung, sondern auch wahlweise ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder auf Rücktritt vom Vertrage. Man ist geneigt, wie Staub sehr richtig hervorhebt[1]), im Falle schuldhaften Verhaltens durch positive Vertragsverletzungen dem Berechtigten ohne weiteres dieselben Rechte zu gewähren, ohne sich über den Rechtsgrund der Gewährung klar zu werden.

Nach Staub sind diese Rechte aus der Analogie des § 326 BGB. zu begründen und dann gegeben, wenn der Schuldner positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden. Er steht weiter auf dem Standpunkt, dass eine Fristsetzung und vorherige Androhung der Ablehnung der Erfüllung, wie

[1]) Vgl. Staub a. a. O., S. 16.

sie der § 326 vorschreibt, bei den Fällen der positiven Vertragsverletzungen der Natur der Sache nach nicht geboten sei und deshalb regelmässig wegfallen müsse.

Der Begründung von Staub hat sich das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen[1]) angeschlossen, besonders in dem grundlegenden Erkenntnis des II. Civilsenats vom 6. Mai 1903[2]). Der Gedankengang der Entscheidung ist folgender: Die §§ 325 und 326 geben bei gegenseitigen Verträgen wegen Nichterfüllung und verzögerter Erfüllung der vertragsmässigen Leistung dem vertragstreuen Teil Rechte, die über das Recht hinausgehen, Schadensersatz zu bekommen, nämlich das Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu fordern oder zurückzutreten.

Die dritte Art schuldhafter Verletzung eines Vertrages bilden nunmehr die positiven Vertragsverletzungen, da sie nicht, wie man bei den Vorarbeiten des BGB. allerdings annahm, die dem Verletzten obliegende Leistung unmöglich machen. Die Gründe, weshalb sie dem Verzuge analog behandelt werden müssen, sind folgende: § 326 lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass man den Verzug als eine Unterart der Unmöglichkeit ansieht, diese Bestimmung des § 326 beruht vielmehr auf der besonderen gesetzgeberischen Erwägung, dass schuldhaftes Unterlassen der Vertragserfüllung bei gegenseitigen Verträgen über den Schadensersatz hinausgehende Rechte gewähren müsse. Infolge der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung muss der vertragstreue Teil die Möglichkeit haben, wenn durch Verzug der Vertragszweck gefährdet wird, bald dadurch eine klare Rechtslage zu schaffen, dass er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und vom Vertrage zurücktritt. Das Gesetz zwingt nun nicht zu der Annahme, dass § 326 die bezeichneten Rechte nur an die Vertragsgefährdung durch schuldhaftes Unterlassen knüpft. Es liegt die Auffassung weit näher, in dem § 326 den Aus-

[1]) Vgl. R. G. Bd. 57, S. 114, Bd. 63, S. 297, Bd. 67, S. 5.
[2]) Bd. 54, S. 98.

druck eines allgemeinen Rechtssatzes zu sehen. Deshalb ist bei schuldhaften positiven Rechtsverletzungen, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, § 326 analog anzuwenden. Der vertragstreue Teil ist also auch hier berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen."

Diese Entscheidung stimmt in ihrer Begründung also mit der oben kurz angedeuteten Ansicht Staubs überein.

Dass das Bedürfnis nach der Gewährung der hier besprochenen Rechte vorliegt, hat Staub an der Hand einer Anzahl von Beispielen gezeigt. Diese seien hier wiedergegeben:

I. In einem Sukzessivlieferungsvertrage hat sich ein Gastwirt auf Jahre hinaus verpflichtet, sein Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, die Brauerei hat sich verpflichtet, es ihm fortgesetzt zu liefern. Trotz wiederholter Beanstandungen erhält der Gastwirt einen Monat hindurch schlechtes Bier, sodass seine Wirtschaft geschädigt wird.

II. Dem Besitzer einer Badeanstalt, der mit einem Kohlenhändler einen Lieferungsvertrag auf tägliche Lieferung einer Quantität Kohlen abgeschlossen hat, werden drei Wochen hintereinander so schlechte Kohlen geliefert, dass er die Badeanstalt nicht in ordnungsmässigem Betriebe erhalten kann.

III. Eine Aktiengesellschaft ist im Besitze einer Erfindung, betreffend einen neuen Brenner, eine andere im Besitze eines Betriebsgeheimnisses, betreffend die Herstellung eines neuen Zylinders, der das Licht intensiver macht. Sie schliessen einen Vertrag, wonach jede Gesellschaft der anderen ihren Artikel zu liefern hat und jede der beiden Gesellschaften sich verpflichtet, die Artikel der anderen nicht nach dem Auslande zu liefern, um die Erlangung von Patenten im Auslande dadurch nicht zu erschweren. Die eine Gesellschaft fehlt trotz eindringlicher Verwarnung fortgesetzt gegen die letztere Verpflichtung.

IV. Es kauft jemand zu sukzessiver Abnahme einen grösseren Posten Ware, der Verkäufer verpflichtet sich, solche Ware an keinen anderen Händler in dem betreffenden Bezirke zu verkaufen. Er tut es gleichwohl.

V. Der Magistrat einer Stadt hat mit einem Gasanstaltsunternehmer einen Vertrag geschlossen, wonach dieser das Gasmonopol in der Stadt hat. Er liefert aber jahrelang mangelhaftes Gas.

Staub glaubt in allen diesen Fällen zur Begründung des Rücktrittsrechts und des Schadensersatzanspruchs mit der gegebenen Regelung des BGB. nicht auskommen zu können, sondern überall die Analogie des § 326 heranziehen zu müssen. Mit dieser seiner Ansicht ist er auf zahlreichen Widerstand gestossen. Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob und inwieweit die ausdrückliche Regelung des BGB. ausreicht, um die erwähnten Rechte zu begründen, und wie die nichtgetroffenen Fälle zu regeln sind.

§ 10.

Die eben wiedergegebenen Fälle Staub's haben, wie ganz natürlich, das Gemeinsame, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit durch ein positives Tun, durch einen Verstoss gegen eine Unterlassungspflicht verletzt, im übrigen sind auch sie sehr verschieden geartet, sodass für die folgende Untersuchung, wie im ersten Teil unserer Abhandlung, sich die Fälle, in denen die Untersuchungspflicht den gleichwertigen mehr oder minder selbständigen Teilinhalt der im übrigen positiven Leistung bildet, (Fall III und IV) von den Fällen der fehlerhaften Erfüllungshandlungen trennen wo die verletzte Rechtspflicht nur die Kehrseite der positiven Leistung bildet. (Fall I, II und V.) Im Gegensatz zu Staub, der die Anwendbarkeit der Regeln über die Unmöglichkeit auf Unterlassungsverbindlichkeiten prinzipiell leugnet, waren wir im I. Teil unserer Untersuchung zu dem Ergebnis gekommen, dass sich diese Regeln auch auf Unterlassungspflichten anwenden lassen. Wie dort, so

wird man auch hier in den Fällen der ersten Art, wo die verletzte Unterlassungspflicht eine gewisse Selbständigkeit hat, teilweise Unmöglichkeit der Leistung annehmen, und, wie oben § 280, so hier § 325 anwenden können.

Es haben sich also m. E. die Aktiengesellschaft, welche ihrer Verpflichtung, die ihr verkauften Artikel der anderen Aktiengesellschaft nicht nach dem Auslande zu liefern, zuwider gehandelt hat, und ebenso der Verkäufer, der seine Verpflichtung 2 Jahre hindurch bestimmte Waren an keinen anderen Händler in dem betreffenden Bezirk zu verkaufen, verletzt hat, die übernommenen Verpflichtungen unmöglich gemacht. Zu beachten ist jedoch, dass der § 325 nur auf gegenseitige Verträge anwendbar ist. Das Eigentümliche dieser Verträge besteht darin, dass jeder der beiden Vertragsschliessenden für die von ihm übernommene Leistung „seinen Ersatz in der Gegenleistung sucht",[1]) dass also Leistung und Gegenleistung derart voneinander abhängig (im Synallagma) sind, dass sie sich ausgleichen sollen.

In den obigen Beispielen liegt der Fall insofern schwieriger, als es sich nicht, wie dies gewöhnlich der Fall ist, um eine einfache Leistung handelt, die gegen eine andere eingetauscht werden soll, sondern um eine aus mehreren Verpflichtungen zusammengesetzte. Es läuft neben einer Pflicht zum positiven Tun (Verpflichtung zur Lieferung des betreffenden Artikels der Gesellschaft bezw. der bestimmten Ware) eine Unterlassungspflicht (Verpflichtung, die Artikel der Gesellschaft nicht nach dem Auslande, bezw. die bestimmte Ware des Verkäufers nicht an andere Händler des dem Käufer zugewiesenen Bezirks zu liefern) her. Ehe wir hier also die Regeln über gegenseitige Verträge anwenden können, müssen wir prüfen, ob nicht nur die positive Leistungs-, sondern auch die verletzte Unterlassungspflicht derart in Abhängigkeitsverhältnis (Synallagma) von der Gegenleistung steht, dass der Vertragsgegner die Verpflichtung zu dieser beim Fehlen der

[1]) Vgl. Fischer-Henle a. a. O., § 320 Anm. 1.

Unterlassungspflicht nicht übernommen hätte. In den beiden erwähnten Beispielen der ersten Kategorie, wo also die Unterlassungspflicht gegenüber der im übrigen positiven Leistungspflicht eine gewisse Gleichwertigkeit besitzt, ist ein Abhängigkeitsverhältnis der Unterlassung von der Gegenleistung zweifellos vorhanden, sodass m. E. der Anwendbarkeit des § 325 BGB. auf diese und ähnlich liegende Fälle[1]) nichts im Wege steht. Nach dieser Bestimmung hat der vertragstreue Teil aber das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen, oder vom Vertrage zurück zu treten, sodass ein Bedürfnis zur analogen Anwendung des § 326 m. E. hier nicht vorliegt.

In der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 17. April 1903 (R. G. Bd. 54, S. 286 ff.) hat deshalb das Reichsgericht mit Recht Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 325 angenommen. Dort handelt es sich um folgenden Fall:

Die Klägerin hat sich verpflichtet, 9000 Tonnen Steinkohlenbriketts an die Beklagte nach Braunschweig zu liefern und ihr das Alleinverkaufsrecht eingeräumt. Nach einiger Zeit weigerte sich die Beklagte weiter Briketts von der Klägerin abzunehmen, weil diese vertragswidrig auch an andere Abnehmer in Braunschweig Briketts geliefert, dadurch die weitere Vertragserfüllung unmöglich gemacht und somit die Beklagte zum Rücktritt berechtigt habe.

Die Entscheidung des Falles aus § 325 ist nach den obigen Ausführungen nicht mehr schwierig.[2]).

Aus dem Kaufvertrage entspringt für die Klägerin die Verpflichtung Briketts an die Beklagte zu liefern und sich jeder Lieferung an andere innerhalb Braunschweigs zu enthalten. Diese zusammengesetzte Verpflichtung der

[1]) Wo etwa der Fabrikant etc. das Alleinverkaufsrecht seines Abnehmers in einem bestimmten Bezirk verletzt, oder wo der Händler über den ihm von Fabrikanten zugewiesenen Bezirk hinaus verkauft.

[2]) Im Resultat übereinstimmend, aber in der Begründung etwas abweichend das Reichsgericht a. a. O. Vgl. hierzu auch Lehmann i. Arch. Bd. 96, S. 94 ff.

Klägerin steht in allen ihren Teilen im Synallagma mit der von der Beklagten versprochenen Gegenleistung, dem Kaufpreis, denn dieser wäre nicht versprochen worden, wenn die Klägerin der Beklagten z. B. nicht das Alleinverkaufsrecht eingeräumt hätte. Dadurch, dass die Klägerin auch an andere Abnehmer in Braunschweig verkauft, macht sie sich die übernommene Unterlassungspflicht (nicht an andere zu liefern) und damit ihre ganze Verpflichtung teilweise unmöglich. Die teilweise Erfüllung des Vertrages hatte für die Beklagte kein Interesse, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Ausserachtlassung der Unterlassungspflicht geeignet, den Vertrieb der Briketts durch die Beklagte, damit aber deren ganze wirtschaftliche Existenz in erheblichem Masse zu beeinträchtigen, und die speziell festgestellten Zuwiderhandlungen der Klägerin waren nach dem Zeitraum, über den sie sich erstreckten, bedeutend genug gewesen, um den Zweck der Vereinbarung zu vereiteln. Nach § 325 ist daher die Beklagte zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtigt.

Aus dem Vorgesagten sehen wir, dass sich für die Fälle positiver Vertragsverletzungen, in denen die verletzte Unterlassungspflicht eine gewisse Selbständigkeit besitzt, das Recht zum Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen aus den ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. herleiten lässt. Fraglich ist dagegen noch die Regelung der Fälle der fehlerhaften Erfüllungshandlungen. (Fall I, II und V.)

§ 11.

Wird dem Gläubiger eine fehlerhafte Leistung vom Schuldner als Erfüllung angeboten, so kann er sie

I. ablehnen, den Schuldner in Verzug setzen und gewinnt so im Einzelfall die Rechte aus § 326;

II. nimmt er die fehlerhafte Leistung an, so hat er:

a) die besonderen, bei den einzelnen Schuldverhältnissen geregelten Rechte — beim Kauf Wandelung und

Minderung der angenommenen Leistung bezw. des Teils derselben —

b) das im ersten Teil besprochene Recht auf Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung.

Hier beschäftigen uns indessen ganz andere über diese hinaus gehende Rechte. Es fragt sich nämlich, ob der vertragstreue Teil im Falle fehlerhafter Leistung vom Vertrage zurücktreten, d. h. unter Auflösung des Vertrages ex tunc den noch ausstehenden Teil der geschuldeten Leistung ablehnen und wahlweise damit Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen kann, d. h. unter Ablehnung der Annahme des noch ausstehenden Teils der Leistung Schadensersatz verlangen kann.

Die Beantwortung der Frage ist verschieden, je nachdem, ob zwischen den Parteien über die Teilleistung eine Vereinbarung stattgefunden hat oder nicht.

Wenn über die Teilleistung zwischen den Parteien keine Vereinbarung stattgefunden hat, dann braucht sich der Gläubiger diese Art der Leistung nicht gefallen zu lassen, er kann Teilleistungen ablehnen. Hat er es versäumt, den fehlerhaften Teil der Leistung gleich abzulehnen, dann kann er den Schuldner wegen des ausstehenden Teils in Verzug setzen und gewinnt so die oben erwähnten Rechte, o h n e erst auf die f e h l e r h a f t e Beschaffenheit des angenommenen Teils der Ware zurückgreifen zu müssen. Dieser Fall interessiert in der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen aber nicht.

Anders steht es mit den Fällen, bei denen die Teilleistung im Einverständnis mit dem Gläubiger geschieht. Eine solche Vereinbarung der Erfüllung in Teilleistungen kann sowohl im Interesse des Käufers, als des Verkäufers getroffen sein. Es handelt sich hier meist um den sog. Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem gewöhnlich eine grössere Menge von Waren in bestimmten Raten und innerhalb bestimmter Fristen zu liefern ist. Dieser Vertrag besteht nicht etwa aus so vielen Einzelverträgen, als Raten der

Leistung versprochen sind, sondern aus einem einzigen und einheitlichen Vertrage, dessen Teilleistungen befristet sind.[1]) Selbstverständlich hat der Gläubiger auch hier das Recht, jede einzelne Teilleistung vor der Annahme zu prüfen, bei Fehlerhaftigkeit dieselbe zurückzuweisen, damit bekommt er die Rechte aus § 326.[2])

Beim Gattungskauf hat der Gläubiger selbst nach der Annahme der fehlerhaften Teilleistung noch die Möglichkeit gemäss § 480 BGB. Nachlieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Wenn diese bei der Prüfung wiederum mangelhaft ist, lehnt er die Rate ab und setzt damit den Schuldner in Verzug.

Dem Käufer wird in der Regel beim Sukzessivlieferungsvertrage dieser letztere Rechtsbehelf nicht mehr gegeben sein, weil er gewöhnlich die Ware bereits weiter veräussert hat und deshalb zum Umtausch der Ware, gemäss § 480 nicht mehr berechtigt ist.[3]) Hat der Gläubiger also die fehlerhafte Teilleistung angenommen, so wird er in der Regel abwarten müssen, ob die nächste Rate wiederum fehlerhaft ist. Erst wenn er dann den Schuldner mit der Teilleistung in Verzug gesetzt hat, kann er gemäss § 326 BGB. zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen. Dieser Ausweg, der das Rücktrittsrecht und den Ersatzanspruch nicht auf Grund der positiven Vertragsverletzung, sondern auf Grund einer späteren Verzugsetzung gewährt, ist insbesondere bei Sukzessivlieferungsverträgen nicht befriedigend; der Käufer, der eine mangelhafte Lieferung erhalten und zum Teil weiter geliefert hat, muss sich gefallen lassen, dass seine Unterabnehmer ihm gegenüber wandeln und Ersatzansprüche geltend machen. An andere kann er aus dieser Sendung nicht liefern, weil er sonst das Vertrauen seiner Kund-

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O., Bd. 2, S. 170 ff. Vgl. Lesser a. a. O., S. 51 ff.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O., § 325 Anm. 6. b. vgl. Dernburg in D. J. Z. 03. S. 1 ff.

[3]) Vgl. §§ 467, Satz 1, 350—353 BGB.

schaft verlieren würde. Neue Verträge kann er nicht abschliessen, weil die nächste Rate ähnlich mangelhaft sein kann. Kurz sein ganzes Geschäft kann lahm gelegt werden. Der vertragstreue Teil braucht hier ein schneller wirkendes Mittel, um sich vom Vertrage befreien zu können. Es fragt sich daher, ob der Gläubiger nicht schon die Mängel der gelieferten Teilleistung dazu benutzen kann, um ein Rücktrittsrecht, oder wahlweise damit, ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der künftig geschuldeten Teilleistung zu erlangen.

§ 12.

Es herrscht Streit darüber, ob das Gesetz auf unsere Frage eine Antwort gibt oder nicht.

Winter meint, dass man mitunter aus der Fehlerhaftigkeit der bewirkten Teilleistung in Verbindung mit besonderen Umständen auf die Unmöglichkeit der noch ausstehenden Teilleistung einen sicheren Schluss ziehen könne, und will in diesen Fällen § 325 BGB. direkt anwenden. Fälle dieser Art liegen nach seiner Ansicht vor, wenn der Verkäufer auf Anfrage des Käufers die Erklärung abgegeben hat, er sei ausser Stande anders zu liefern, oder wenn die einzige Fabrik, aus der der Lieferant die Ware beziehen kann, andere Ware nicht herstellt oder nach ihren maschinellen Einrichtungen nicht fähig ist, bessere Qualitäten herzustellen, oder wenn der Kredit des Lieferanten untergraben ist, sodass leistungsfähige Werke mit ihm kein Geschäft mehr machen, oder wenn in der Bezugsgegend die den Gegenstand der Beanstandung bildende Seuche herrscht.[1]) Wenn auch zuzugeben ist, dass man in allen diesen Fällen sagen kann, dass die vertragsmässige Lieferung des noch ausstehenden Teiles der Leistung nach menschlicher Voraussicht unmöglich werden wird, so steht dies doch noch nicht unumstösslich sicher fest. Bis zum Tage der Fälligkeit der Teilleistung können immer noch allerhand unvorhersehbare Umstände eintreten,

[1]) Vgl. Winter a. a. O., S. 203.

die die vertragsmässige Leistung dennoch möglich machen; z. B. der Verkäufer kann sich mit seiner Erklärung im Irrtum befunden haben, die Vermögenslage und damit der Kredit des Lieferanten sich durch einen Lotteriegewinn, Erbschaft etc. bessern. Die Rechte aus § 225 sind m. E. nur gegeben, wenn eine durchaus klare Rechtslage besteht. Es heisst nämlich in § 325: „Wird" die dem einen Teil obliegende Leistung unmöglich, aber nicht: „wird" die Leistung unmöglich „werden." Das Gesetz spricht also ausdrücklich im Präsens und nicht im Futur, es lehnt damit jeden Schluss aus gegenwärtigen Umständen auf die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Rechtslage ab, wie Winter ihn vorschlägt, und verlangt die unabänderliche Wahrheit des gegenwärtigen Geschehens. In den oben erwähnten seltenen Fällen Winter's lässt sich deshalb § 325 BGB. m. E. nicht anwenden.

Kipp und Dernburg versuchen mit den ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. zur Begründung unseres Rücktrittsrechts und der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung auszukommen.

Kipp[1]) ist der Ansicht, dass man allen billigen Anforderungen, die der vertragstreue Teil in Betreff seines Schutzes stellen dürfe, mit der Anwendung der §§ 325, 326 BGB. auf die Fälle, für die sie gegeben seien, vollkommen gerecht werden könne. Er sucht dies an folgendem Fall des Reichsgerichts nachzuweisen.[2])

Die Klägerin hatte der Beklagten Kies zu einem Betonbau zu liefern. Es sollte nur dasjenige Quantum Kies als geliefert bezahlt werden, das durch Ausmessen des fertig gestellten Mauerwerks nachgewiesen wird. Die Beklagte verwendete aber den Kies trotz wiederholter Verwahrungen der Klägerin zu anderen Zwecken. Nunmehr will die Klägerin vom Vertrage zurücktreten. Nach Kipp hat das Reichsgericht mit Recht angenommen, dass nach dem Vertrage die Verwendung des Kieses zum Betonbau nicht

[1]) Kipp a. a. O., S. 254.
[2]) Vgl. R. G. Bd. 54, S. 98.

positive Vertragsleistung der Beklagten sei; durchaus zutreffend sei es auch, wenn das Reichsgericht eine positive Vertragsverletzung durch die Beklagte in der Verwendung des Kieses zu anderen Arbeiten finde, und zwar um deswillen, weil dadurch der Klägerin das im Vertrage vorgesehene Mittel zur Feststellung ihres Preisanspruchs entzogen werde. Aber es sei fehlerhaft, wenn das Reichsgericht hinzufüge, dass in diesem Umfange eine Unterlassungspflicht der Beklagten bestanden habe, und dass die Klägerin auf Grund der Verletzung dieser im Synallagma stehenden Unterlassungspflicht nach Staub's Analogie des § 326 ein Rücktrittsrecht gewinne.

Kipp ist der Ansicht, man müsse in derartigen Fällen die Verpflichtung der Beklagten positiv formulieren: „Die Beklagte ist verpflichtet, auf die vereinbarte Weise zur Feststellung des Preises mitzuwirken." Wenn die Beklagte den Kies anderweit verwende und dadurch der Abmessung entziehe, so habe sie sich die ihr obliegende Pflicht zur Mitwirkung bei der Preisfeststellung unmöglich gemacht, und § 325 sei direkt anwendbar. Richtig ist m. E., dass sich die Verpflichtung der Beklagten hier positiv formulieren lasse, dagegen nicht, dass in vorliegendem Fall die Annahme einer Unterlassungspflicht fehlerhaft sei. Es besteht vielmehr, wie Lehmann[1]) mit Recht betont, eine positive Hauptpflicht der Beklagten auf Abnahme des Kieses und Zahlung des Preises, ferner eine positive Nebenpflicht, zur Mitwirkung bei der Preisbestimmung, in der als etwas sekundäres die Unterlassung den Kies nicht zu anderen Zwecken zu verwenden, enthalten ist. Da die Unterlassung hier keine Selbständigkeit besitzt, ist es nach unseren früheren Ausführungen nicht angängig, eine Unmöglichkeit derselben im Sinne des § 325 BGB. anzunehmen. „Es lag hier aber der seltene Fall vor, dass die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht auch die Unmöglichkeit der positiven Nebenleistung zur Folge hatte."[1]) Da also teil-

[1]) Vgl. Lehmann, Arch. Bd. 96, S. 105.

weise Unmöglichkeit der Leistung gegeben war, konnte § 325 direkt angewendet werden.

In Anlehnung an diese Bemerkungen Kipp's lässt sich m. E. das verlangte Rücktrittsrecht bezw. der Schadensersatzanspruch nur in den seltensten Fällen konstruieren.

Dernburg[1]) meint, in den meisten Fällen der hier besprochenen Art bringe § 326 BGB. Hilfe. Denn der Gläubiger könne ja die Teilleistung vor der Annahme prüfen und, wenn sie mangelhaft sei, zurückweisen und den Verkäufer mit ihr in Verzug setzen. Zwar sei hierdurch an sich noch kein Rücktrittsrecht gegeben, aber wenn mehrere Lieferungen mangelhaft ausgefallen wären, dann werde häufig der Fall eintreten, dass die Erfüllung infolge des Verzuges kein Interesse mehr hätte, der Käufer also ohne Fristsetzung zurücktreten könne. Er weist ferner mit Recht darauf hin, dass das Gesetz selbst in einzelnen Fällen Abhilfe schaffe. So stehe dem Gläubiger bei Verträgen über Handlungen das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zur Seite. Für die vielen Fälle, wo der Gläubiger die fehlerhafte Teilleistung angenommen hat, weil er sich entweder auf die Fehlerfreiheit verlassen hat, oder weil die Mängel bei gewöhnlicher Prüfung nicht zu entdecken sind, will es Dernburg bei dem im I. Teil besprochenen Einzelschadensersatz belassen. Das ist jedoch keine befriedigende Lösung unserer Frage, wie folgender Fall zeigt: Ein Bierverleger hat mit einer Brauerei einen Sukzessivlieferungsvertrag abgeschlossen. Die Brauerei liefert abwechselnd einmal gutes und einmal schlechtes Bier. Das schlechte Bier kann der Verleger seines guten Rufes wegen nicht an seine Kunden weiter liefern. Soweit er also wegen Lieferung des Bieres mit seinen Kunden schon abgeschlossen hat, kommt er in Verzug, wenn er sich nicht eiligst anderweit decken kann. Hat er z. B. mit einem Restaurateur gleichfalls einen Sukzessivlieferungsvertrag abgeschlossen, so muss er sich gefallen lassen, dass der Restaurateur, dem gegenüber er sich in Verzug

[1]) Dernburg, D. J. Z. 03, S. 4.

befindet, vom Vertrage zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, während er der Brauerei gegenüber dieses Recht nicht hat, da sie ja geliefert hat, wenn auch das Bier schlecht war. Er kann von ihr nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung der einen Rate verlangen. Weitere Abschlüsse kann der Bierverleger nicht machen, denn er muss eine schlechte Bierlieferung in Zukunft befürchten, sodass er wieder seinen Kunden gegenüber in Verzug käme und dadurch Schaden erlitte.

Dass ein derartiger Rechtszustand unerträglich ist, braucht nicht erst betont zu werden. Das hat auch die Praxis sehr bald empfunden, wie aus der Begründung des Urteils des Reichsgerichts in D. J. Z. Bd. 7 S. 118 hervorgeht[1]). Dort wird versucht, das Rücktrittsrecht im Wege der Auslegung als selbstverständlich und stillschweigend bedungen zu begründen. Eine derartige Auslegung wird in einzelnen Fällen am Platze sein, sie ist aber sicher nicht zulässig, wenn die Parteien z. B. über das Rücktrittsrecht beim Vertragsabschluss zwar gesprochen, sich aber darüber nicht haben einigen können, oder das Rücktrittsrecht ausdrücklich ausgeschlossen haben. Ferner lässt sich ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf dem vom Reichsgericht gezeigten Wege überhaupt nicht gewinnen. Die Annahme eines in jedem Sukzessivlieferungsvertrage stillschweigend bedungenen Rücktrittsrechtes für den Fall fehlerhafter Lieferung führt also nicht zum Ziel.

Die beste Lösung unserer Frage hat m. E. Staub im II. Teil seiner Untersuchung gegeben, indem er auf die Analogie des § 326 BGB. hinweist.

§ 13.

Wir sind nur dann berechtigt zu unseren Entscheidungen die Analogie zu Hilfe zu nehmen, wenn es sich darum handelt, im Gesetz nicht besonders geregelte Fälle zu entscheiden. Dass für die hier besprochenen Fälle die vor-

[1]) Vgl. D. J. Z. Jahrgang 1902, Bd. 7, S. 118.

geschlagenen Begründungen aus dem Gesetz nicht ausreichend sind, ist in den vorhergehenden Ausführungen betont worden. Mit Staub nehmen wir daher die Analogie des § 326 zu Hilfe, weil das Verkehrsinteresse für die hier zu regelnden Fälle die gleiche Regelung wie im § 326 verlangt, und weil die Entscheidung hier wie dort aus dem gleichen Rechtsgedanken heraus zu treffen ist.

Staub meint, dass der gesetzgeberische Gedanke, der dem § 326 zu Grunde liegt, die Gefährdung des Vertragszwecks sei. Dies wollen wir zunächst untersuchen.

§ 326 steht in dem Abschnitt über die gegenseitigen Verträge. Derartige Verträge bezwecken wirtschaftlich den Austausch von Gütern aller Art. Ihr Wesen besteht darin, dass jeder Teil eine Verpflichtung nur eingeht, um die Verpflichtung des anderen Teils zu erlangen. Jede der beiden Parteien hat nun ein Interesse daran, den Zweck, dass Leistung und Gegenleistung gegeneinander ausgetauscht werden sollen, zu erreichen. Der Austausch vollzieht sich regelmässig gleichzeitig und zwar im Augenblick der Fälligkeit der Leistung. Ist nun der Schuldner in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten säumig, so muss der Gläubiger besorgen, dass die Gegenleistung überhaupt nicht, oder erst verspätet bewirkt wird. Er ist in Ungewissheit darüber, ob und wann der Schuldner seine Leistung machen wird. Der Schuldner kann ja regelmässig seine Leistung noch nachholen, da der Gläubiger auch noch nach dem Fälligkeitstermin und, nachdem er den Schuldner in Verzug gesetzt hat, ein Interesse an dem Austausch der Leistungen hat. So müsste der Gläubiger seine Leistung solange bereit halten, bis er nachweisen könnte, dass für ihn das Interesse an dem Austausch der Leistungen fortgefallen wäre. In Übereinstimmung mit dem Prinzip des § 325 gibt ihm § 326 Abs. 2 für diesen Fall vollständiger Vereitelung des Vertragszwecks wegen Fortfalls des Interesses ein Rücktrittsrecht und einen Schadensersatzanspruch. Da der Beweis des Interessefortfalls indessen nicht immer leicht zu führen ist, und es eine grosse Un-

billigkeit wäre, den Gläubiger in Ungewissheit darüber zu belassen, ob ein Austausch stattfinden wird oder nicht, er infolgedessen seine Leistung weiter bereit halten müsste oder anderweit über sie verfügen könnte, so hat das Gesetz im § 326 eine Vermittelung der Interessen der beiden Parteien herbeizuführen versucht, indem es dem Gläubiger den Beweis des Interessefortfalls erleichtert hat. Wenn der Gläubiger den Schuldner mit der Leistung in Verzug gesetzt hat, dann kann er dem Schuldner nach § 326 eine Frist setzen, nach Ablauf dieser Frist zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hier erspart also, meint Lehmann nicht unrichtig,[1]) der Fristablauf den Beweis des Interessefortfalls. Andererseits ersetzt er ihn aber auch, da der Gläubiger nach dem Fristablauf zurücktreten darf, selbst wenn das Interesse am Austausch fortbesteht. Hier sind Rücktritt und Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gegeben, o h n e dass eine V e r e i t e l u n g des Leistungszweckes vorliegt. Nur insoweit wird als der zutreffende rechtliche Gesichtspunkt der Regelung die Gefährdung des Vertragszwecks bezeichnet. Wie der Gläubiger hier, wo der Schuldner durch Säumnis in der Erfüllung den Vertragszweck gefährdet, wahlweise das Recht zum Rücktritt und zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages hat, so ist man berechtigt, ihm die gleichen Rechte zu gewähren, wenn der Schuldner durch positive Verletzungshandlungen die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, z. B. dann, wenn der Schuldner beim Sukzessivlieferungsvertrage wiederholt schlecht liefert. Sehr richtig bemerkt Staub,[2]) es entspreche der Gerechtigkeit und dem Grundgedanken des Gesetzes, wenn dem vertragstreuen Teil nicht zugemutet werde, abzuwarten, bis der andere Teil durch Fortsetzung der Rechtsverletzung den Vertragszweck vollständig vereitele, sondern wenn ihm auf Grund des rechtsverletzenden und den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des anderen

[1]) Ähnlich Lehmann Arch. Bd. 96, S. 102.

[2]) Vgl. Staub a. a. O., S. 21.

Teils ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder auf Rücktritt (unter analoger Anwendung des § 326) gewährt werde. Wenn der Schuldner beim Sukzessivlieferungsvertrage fortgesetzt schlecht liefert, kann der Gläubiger ebenso begründete Zweifel darüber hegen, ob künftig vertragsmässig geliefert werden wird, als im Falle der Säumnis des Schuldners in der Erfüllung. In beiden Fällen ist der Gläubiger in Ungewissheit darüber, ob der Schuldner die vertragsmässige Leistung bewirken wird, und kann infolgedessen keine sicheren Dispositionen treffen, ohne sich zu schädigen. Aus alledem sehen wir, dass durch die positiven Vertragsverletzungen beim Sukzessivlieferungsvertrage die gleiche oder doch eine ganz ähnliche unklare Rechtslage geschaffen wird, wie durch den Verzng des Schuldners bei gegenseitigen Verträgen.

Der § 326 stellt sich auch nicht als eine singuläre Bestimmung für den Fall des Verzuges dar, sondern ist eher als der „Ausspruch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für schuldhafte Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besonderen Anwendung auf den Verzug anzusehen[1])".

Wir können also auf dem Wege der Analogie bei Sukzessivlieferungs- und anderen gegenseitigen Verträgen im Falle von positiven Vertragsverletzungen des Schuldner dem Gläubiger die Rechte des § 326 dann gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

§ 14.

Die Regelung im Einzelfall.

Die analoge Anwendung des § 326 gestaltet sich sehr einfach, wenn der Gläubiger nachweist, dass die Erfüllung des Vertrages infolge der Vertragsverletzung für ihn kein Interesse mehr hat. Hier bekommt der Gläubiger das Recht auf Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wie beim Verzuge, ohne dass es einer Fristsetzung

[1]) Vgl. R. G. Bd. 54, S. 102.

und Androhung bedarf. Schwieriger gestaltet sich die Regelung schon, wenn der Gläubiger den Nachweis des Interessefortfalls noch nicht erbracht hat.

Staub findet zwar[1]), dass sich die Ausübung der hier besprochenen Rechte nicht genau nach § 326 richten könne. Er führt aus, es werde hier nur eine „entsprechende Anwendung" dieses § möglich sein. Während man nach Eintritt des Verzuges regelmässig eine Frist setzen und die Ablehnung der Erfüllungsannahme androhen müsse, werde man dies bei der positiven Vertragsverletzung nicht nötig haben. Die Natur der Sache passe darauf nicht. Denn die positive Vertragsverletzung breche unerwartet herein, der Unterlassung könne ein Ziel und darum auch eine Frist gesetzt werden. Unter Umständen werde aber eine positive Vertragsverletzung erst dann erheblich sein, erst dann die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, und demgemäss erst dann zur Ausübung der hier gewährten Rechte berechtigen, wenn eine Warnung, eine Aufforderung, Vertragsverletzungen dieser Art künftig zu unterlasssen, vorangegangen sei.

Diesen Ausführungen hat insbesondere Lehmann[2]) widersprochen. Er meint, die Fristsetzung sei nicht nur ein Recht des Gläubigers, sondern auch des Schuldners. Bei dem Vorschlag Staub's werde aber einseitig das Interesse des Gläubigers geschützt. Lehmann will, dass beim Fortbestehen des Interesses unter allen Umständen eine Frist gesetzt und die Ablehnung der Annahme nach Ablauf der Frist angedroht werde.

Bei den Sukzessivlieferungsverträgen erscheint es mir überflüssig noch eine Nachfrist zu setzen, denn der Schuldner soll ja nicht die fällig gewesene Rate, die schlecht war, innerhalb einer solchen Nachfrist vertragsmässig bewirken, sondern er soll die künftig fällig werdende Rate ordnungsmässig leisten. Es könnte sich hier also höchstens um eine Aufforderung handeln, kommende Raten in vertrags-

[1]) Vgl. Staub a. a. O., S. 21.

[2]) Vgl. Lehmann, Arch. Bd. 96, S. 111.

mässiger Beschaffenheit zu bewirken, verbunden mit einer Androhung, dass die vertragswidrig schlechte Lieferung abgelehnt werde.[1]) Ebenso wie beim Verzuge würde der Gläubiger nach der Aufforderung das Recht auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung bekommen, ohne dass er den Beweis des Interessefortfalls erbringen müsste. Es würden ihm diese Rechte nach der Aufforderung, wie dort, sogar trotz Fortbestehens des Interesses am Austausch der Leistungen zustehen.

Man muss aber dem Gläubiger nicht nur ein teilweises Rücktrittsrecht und einen Schadensersatzanspruch in Beziehung auf den noch ausstehenden Teil der Leistung — wovon bisher die Rede war — sondern ihm auch, wie § 326 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 325 Abs. 1 Satz 2 einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages und wahlweise damit den Rücktritt vom ganzen Vertrage zubilligen, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse hat. Diese Rechte werden allemal dann in Frage kommen, wenn der Schuldner im Sukzessivlieferungsvertrage zunächst gut erfüllt hat und darauf wiederholt schlechte Raten liefert. Hier kann der Gläubiger auch unter Umständen an den gelieferten Raten kein Interesse mehr haben. Es werden dann vom Rücktritt und Schadensersatz nicht nur die künftigen, sondern auch die letzten fehlerhaften und die ihnen etwa vorhergehenden Raten mit umfasst.

Beim Rücktritt haben die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. (§ 346.) Der Gläubiger müsste also dem Schuldner sämtliche bisher erhaltenen Raten zurückgeben. Das wird in der Regel nicht möglich sein, und verbietet sich z. B. dann, wenn der Gläubiger diese Raten bereits weiter veräussert hat. (§ 351—353). Aus diesem Grunde wird der Gläubiger häufiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages wählen, wobei sich im Einzelfall keine Schwierigkeiten ergeben.

[1]) Vgl. Brecht a. a. O., S. 265.

Anhang.

§ 15.

Der Fall der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung.

Der Schuldner kann die Leistung einfach stillschweigend unterlassen, dann ist der Gläubiger berechtigt, statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen, weil entweder zu vertretende Unmöglichkeit oder Verzug vorliegt. Er kann aber auch ausdrücklich die Verweigerung der Leistung erklären. In Wissenschaft und Praxis ist dieser Fall rechtlich sehr verschieden behandelt worden.

Das Reichsgericht hat anfangs hier den § 326 BGB. direkt angewendet und dabei den Standpunkt vertreten dass es einer Fristsetzung nicht bedürfe, um die Rechte aus § 326 zu bekommen, denn die Weigerung des Schuldners enthalte einen Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung und Androhung der Ablehnung. Diese würden unter solchen Umständen zwecklos und überflüssig sein und es könne nicht angenommen werden, dass im Rechtsverkehre zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt seien. Die Annahme des Verzichts sei in der Ablehnung der Leistung und in der eventuellen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches zu erblicken.[1])

Offenbar in der Erkenntnis, dass eine derartige Vertragsauslegung nicht immer möglich und sehr gewagt ist, hat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 23. Februar 1904[2]) im Anschluss an die Lehre Staubs von den posi-

[1]) Vgl. R. G. Bd. 51, S. 350. Bd. 52, S. 151, Bd. 53, S. 12 und S. 166, Bd. 56, S. 234.

[2]) Vgl. R. G. Bd. 57, S. 106.

tiven Vertragsverletzungen angenommen, dass in der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine positive Vertragsverletzung zu erblicken und demnach § 326 BGB. analog anzuwenden sei und ist bei dieser Rechtsauffassung seitdem geblieben.[1])

M. E. liegt in dem Verhalten des Schuldners, der vorzeitig die Erfüllung ernstlich verweigert, eine Verletzung des Vertrages.[2]) Der Schuldner hat kein Recht dazu, den Gläubiger in begründeten Zweifel darüber zu versetzen, ob er den Vertrag erfüllen werde oder nicht, er hat im Gegenteil die Pflicht, alles zu unterlassen, was dem Gläubiger solche ernstliche Bedenken einflössen könnte. Diese Verpflichtung verletzt der Schuldner positiv durch Handeln, indem er erklärt, er werde nicht erfüllen oder er annulliere den Vertrag. Von Verzug kann hier gar nicht die Rede sein, denn der Schuldner hat ja nichts unterlassen. Die noch nicht fällige Leistung konnte er noch nicht vertragswidrig unterlassen. Es liegt also hier keine negative, sondern eine positive schuldhafte Verletzung des Vertrages vor. Die Erreichung des Vertragszwecks ist durch das Verhalten des Schuldners sehr gefährdet, denn obwohl er mit grösster Wahrscheinlichkeit darauf rechnen kann, dass der Schuldner nicht leisten werde, muss er seine Leistung bereit halten, vielleicht sogar erst anschaffen, da der Schuldner ja trotz seiner ernstlichen Erklärung nicht leisten zu wollen, später sich eines Besseren besinnen könnte. Bei dieser für den Gläubiger unklaren Rechtslage sind wir nach unseren obigen Ausführungen berechtigt den § 326 analog anzuwenden. Wenn der Gläubiger noch ein Interesse an dem Austausch der Leistungen hat, dann wird man ihm den Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht m. E. auch hier erst dann geben können, wenn er dem Schuldner eine Aufforderung hat zugehen lassen, sich darüber zu erklären, ob er die Leistung zum

---

[1]) Vgl. R. G. Bd. 66, S. 419, Bd. 67, S. 317.

[2]) A. A. Plank zu § 326 Anm. 2, d.

Fälligkeitstermine bewirken wolle, verbunden mit der Androhung, dass er die Annahme der Leistung zum Fälligkeitstermine ablehnen werde, wenn er ihm nicht mit wendender Post die Erfüllung zusage.

Erst wenn der Gläubiger nachweist, dass er infolge der positiven Vertragsverletzung des Schuldners kein Interesse an der Erfüllung habe, kann man ihm analog dem § 326 Abs. 2 diese Rechte sofort gewähren.